

Håndtering av uoverensstemmelser mellom norsk rett og folkeretten

Kandidatnummer: 672

Leveringsfrist: 25. april 2008

Til sammen 17628* ord

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>4</u>
1.1	Generelt	4
1.2	Problemstillinger	5
1.3	Avgrensninger	7
<u>2</u>	<u>UTGANGSPUNKTER</u>	<u>9</u>
2.1	Begrepet folkerett	9
2.1.1	Formålet forklart ut i fra historisk vinkel	9
2.1.2	Moderne definisjon, rettskilder m.m.	11
2.2	Norsk rett	14
2.3	Innholdet i motstridsbegrepet	15
2.4	Suverenitet	20
2.5	Dualisme	21
2.6	Norges rettskildelære avgjørende for motstridsspørsmålet	24
<u>3</u>	<u>UNNGÅELSE AV TILSYNELATENDE MOTSTRID – PRESUMSJONSREGELEN</u>	<u>25</u>
3.1	Presumsjonsprinsippets anvendelsesområde - i forhold til norsk rett og folkeretten	25
3.2	Legalitetsprinsippet som skranke for presumsjonsprinsippets rekkevidde	31
<u>4</u>	<u>LØSNING AV FAKTISK MOTSTRID</u>	<u>35</u>

4.1	Et poeng både i forhold til gjennomført og ikke-gjennomført folkerett, i strid med annen norsk lovgivning	35
4.2	Folkerett som er gjennomført i norsk rett ved en intern rettsakt, i strid med annen norsk lovgivning	36
4.2.1	Generelt om gjennomførte folkerettsregler i norsk rett	36
4.2.2	Inkorporasjon - generell henvisning	40
4.2.3	Inkorporasjon – spesiell henvisning	47
4.2.4	Transformasjon	52
4.3	Folkerett som ikke er gjennomført i norsk rett ved en intern rettsakt, i strid med annen norsk lovgivning	54
4.3.1	Generelt om folkerett som ikke er gjennomført i norsk rett	54
4.3.2	Forpliktelser staten har inngått (traktater)	56
4.3.3	Folkerettslig sedvane	58
5	<u>FØLGENE AV TILSIDESETTELSE AV FOLKERETT</u>	61
	<u>LITTERATURLISTE</u>	63

23.04.2008

1 Innledning

1.1 Generelt

Globaliseringen har i den senere tid ikke minst preget den rettslige sfæren. Stadig knyttes statene tettere sammen også i rettslig henseende og spørsmålene som gjelder forholdet mellom intern rett og folkerett blir stadig flere og mer påtrengende.

Etter hvert som en stadig større andel av statenes rett får et folkerettslig utgangspunkt, eller tilpasses folkeretten, og stadig flere nasjonale aktører kommer på banen og forplikter seg i forhold til andre stater, og de interne rettssystemer parallelt med dette bygges ut og detaljreguleres, blir kontaktflatene mellom nasjonal rett på den ene, og folkerett på den andre siden stadig større, og som en følge av det øker også antallet *motstridsspørsmål* som kan bli aktuelle. I kjølvannet av denne utviklingen dukker likeledes opp et mylder av tolkningsspørsmål som man må ta stilling til før innholdet av norsk rett kan fastlegges.

Det spiller en helt avgjørende rolle for den enkeltes rettssikkerhet, at han til enhver tid har muligheten til å skaffe seg oversikt over hvilke regler han må forholde seg til og følge. For å eliminere rettsuvissheten som kan følge av at folkerettslige regler strider mot norske, eller stillingen mellom slike regler er uklar, er det derfor nødvendig å ha tilgjengelig en oversikt over hvilke regler man kan benytte seg av i dette øyemed, og hvilke løsninger de gir anvisning på. Også andre folkerettssubjekter enn individene, som for eksempel stater og organisasjoner, har behov for å kunne vite hvilke regler de må rette seg

etter dersom folkerettens løsning ikke stemmer overens med det den nasjonale rett foreskriver for dem.

Temaet er svært bredt, og det vil innenfor avhandlingens ramme nødvendigvis være en hel del kortfattede drøftelser av avanserte spørsmål. Oppgaven tar på ingen måte sikte på å gi en detaljert og langt mindre uttømmende fremstilling av alle tenkelige motstridstilfeller og vise vei ut av dem alle, men snarere gi et løselig overblikk over noen typiske konflikter og presentere de viktigste prinsippene, hovedreglene og unntakene som gjør seg gjeldende for løsningen av disse.

1.2 Problemstillinger

Oppgavens hovedproblemstilling er hvilke løsninger som byr seg for tilfeller der norsk rett på en eller annen måte strider eller ser ut til å stride mot folkerett.

For at det skal være mulig å få et godt innblikk i hvilke løsningsmekanismer som foreligger, er det en forutsetning tidlig i avhandlingen å skaffe seg oversikt over hvilke deler motstridsproblemet består *av* og hva problemet består *i*, og identifisere ”terrenget” der løsningsalternativene ligger. Det er viktig at man i forhold til de endelige løsningene og konklusjonene vet *hva* de relaterer seg til. Disse spørsmålene som danner opptakten til hovedproblemstillingen er plassert under oppgavens punkt 2, som går under navnet ”utgangspunkter”.

Opptakten vil nærmere bestemt bestå av tre hoveddeler, hvorav den første er en fremstilling av hvilke *deler* som i relasjon til hverandre skaper motstriden, det andre vil være en presentasjon av hva selve motstridsproblemet består *i*, og som et siste ledd kommer en anskueliggjøring av *hvor* løsningen på problemet er å finne.

For å få et grep om hva som er gjenstand for motstridsproblemet, vil folkeretten først bli forklart. Det gis et lite riss av dens historie, der særlig *behovene* som drev frem folkeretten i dag for en stor del gjenspeiler seg i dens *formål* som igjen er en viktig fortolkningsfaktor i fastleggelsen av den.

Det er en like avgjørende forutsetning for en bevisst og riktig bruk av konfliktløsningsmekanismene å vite noe om det andre konfliktskapende elementet, nemlig hva man forstår med de *norske* reglene.

Når man så har skaffet seg en oppfatning av hvilke elementer som skaper motstrid, går vi videre over til en analyse av hva som beskriver selve motstriden som fenomen, altså *konfliktens* kjennetegn og enkeltheter.

Etter at hele *problem*komplekset er på det rene, vil fokuset forsiktig rettes mot *løsningen*. I forbindelse med dette vil selve utgangspunktet og grunnlaget for løsningen av konfliktene bli fremstilt. Hvorfor nettopp norsk rett som utgangspunkt er avgjørende for løsningen av motstridstilfellene, vil bli forsøkt forklart ut ifra betraktninger blant annet om suverenitet og dualisme.

Når konfliktens essens og dens ”aktører” på denne måten er eksponert, og det rettslige grunnlaget for løsningene, *terrenget*, er konstatert, kan man gå over til selve kjernen av motstridsproblemet for å identifisere løsningene.

Løsningen på konfliktpregede forhold mellom folkerett og norsk rett deler seg i to hovedspor – den ene bygger på tolking, mens den andre bygger på et prinsipp om forrang. I hvilke tilfelle *tolkning* kan eliminere det som først fortonet seg som to regler med innbyrdes uforenlig innhold, tas først opp til drøftelse under punkt 3, i kapittelet om ”unngåelse av tilsynelatende motstrid”. Når tolkning blir utilstrekkelig for å løse motstrid, er ikke motstriden tilsynelatende men faktisk, og spørsmålet blir om og på hvilken måte prinsippet om forrang kan komme til anvendelse, ved å gi den ene av de kolliderende reglene forrang på bekostning av den andre. Dette hører med til punkt 4, med overskriften ”løsning av motstrid”. Imidlertid vil det også i pkt. 4 være noen spor av spørsmål knyttet til tolkning.¹

I noen grad vil det i forbindelse med reglene bli diskutert hvilken *rekkevidde* reglene har, for eksempel ved at eventuelle modifikasjoner og unntak som måtte gjøre seg gjelde for hvert typetilfelle blir forsøkt belyst.

¹ Se særlig pkt. 4.2.3.1 og 4.2.4.1

1.3 Avgrensninger

Folkeretten omfatter ikke det man kan kalle intern statsfellesskapsrett. Denne går ut på at stater etablerer organisasjoner som har direkte myndighet overfor borgerne i de enkelte medlemsland. En del av statenes myndighet overføres til fellesskapets organer, som kjent er dette tilfellet for blant annet EU. Den myndighetsutøvelse og rettsutvikling som i kraft av denne overføringen så blir anvendt direkte overfor borgerne, karakteriseres *ikke* som folkerettslige. Men selve grunnlaget, altså avtalene for opprettelsen av organet, er folkerettslige avtaler inngått mellom medlemslandene.² Imidlertid vil spørsmål som *spesielt* relaterer seg til slike avtaler, for eksempel EØS-spesifikke spørsmål, også bli utelatt fra fremstillingen. Dette vil allikevel ikke stå i veien for at spørsmål som har en kobling til EØS-reglene blir brukt, for å vise poenger som ikke er knyttet særskilt til EØS-retten, men til reglene i deres egenskap av folkerett.

Heller ikke er interlegal rett en del av folkeretten, selv om også denne, på samme måte som den interne statsfellesskapsrett, har et markert internasjonalt preg. Interlegal rett, eller internasjonal privatrett, regulerer hvilket lands rett som kommer til anvendelse for en sak som skal gå for nasjonal domstol, men som har tilknytning til flere land. Det er altså reglene om lovvalg, der nasjonale rettssystemer utgjør alternativene.³

Likeledes faller internasjonale organisasjoners interne rett utenfor det tradisjonelle folkerettsbegrepet. Dette er reguleringer laget av selve organisasjonen, eksempelvis for organisasjonens arbeids- og ansettelsesforhold for tjenestemennene.⁴

Folkerettslige normkonflikter, altså der folkerett står mot folkerett, faller på samme måte utenfor denne oppgavens tema.

² Ruud (2002) s.19

³ Ruud (2002) s.18

⁴ Ruud (2002) s.19

Men det at for eksempel intern *statsfellesskapsrett*, eller den interne rett i *organisasjoner* faller utenfor, betyr ikke at for eksempel stater eller organisasjoner ikke kan være aktuelle aktører i et for avhandlingen relevant motstridsspørsmål. Men da må spørsmålet ikke knytte seg spesifikt til staten som medlem i et særskilt statsfellesskap eller til organisasjonen i forbindelse med dens interne ordning, men som til folkerettslige subjekter på linje med andre folkerettslige subjekter.

Menneskerettigheter, med sin særlige stilling, gis det heller ikke noen særlig plass innenfor oppgavens ramme, dette fordi det for menneskerettigheter gjør seg gjeldende en del viktige særreguleringer⁵. Men som for EØS-relaterte folkerettsregler, vil generelle folkerettslige poenger knyttet til menneskerettigheter også bli nevnt, men disse poengene vil altså utelukkende knytte seg til menneskerettighetene i deres egenskap av folkerett, og ikke til deres særegne stilling innenfor denne.

Hovedsakelig vil altså oppgaven basere seg på generell folkerett, og ikke i noen særlig utstrekning berøre spesielle folkerettslige konstruksjoner med mindre disse kan benyttes for å belyse poenger som gjelder mer generelt. Konkrete eksempler vil gjennomgående bli brukt for samme formål.

For øvrig ligger det implisitt en del presiseringer neste punkt, der bl.a. forståelsen av folkerett og norsk rett slik de defineres i denne avhandlingen legges frem. Disse kan langt på vei tjene mange av de samme formålene som typiske avgresninger.

⁵ Se for eksempel mnskrl. §3 og Grl. §110c

2 Utgangspunkter

2.1 Begrepet folkerett

2.1.1 Formålet forklart ut i fra historisk vinkel

Formålet er stort sett det all folkerett, uansett type og aktører, har til felles. Derfor vil en kort presentasjon av formålet kunne være tjenlig som en innledning i et forsøk på å beskrive hva folkerett er.

Det at stater eller andre statslignende enheter dannes, eller splittes opp og flere, men mindre nye dannes, øker behovet for reguleringer mellom disse, ettersom for eksempel hver stat som regel har sitt eget regelverk som i større eller mindre grad kan avvike fra de andre statenes rettssystem, og samspill mellom statene er uunngåelig i mange henseender. Når statene kommer i kontakt med hverandre, for eksempel gjennom handel, eller på grunn av uoverensstemmelser, gjør behovet for regler som kan gjelde for begge parter samtidig seg gjeldende, i og med at statenes egne regelverk jo ikke kan binde den andre stat som har sitt eget. *Folkeretten* er nettopp et slikt felles regelverk.

Spor av folkerettsaktige fenomener finner man flere tusen år tilbake, for eksempel i det gamle Hellas, som da var delt inn i flere bystater, mellom hvilke det er bevart traktater. Altså var det bystatenes behov for å samarbeide som foranlediget fellesreguleringer i form av traktater.⁶

Den *moderne* folkerett anses stort sett å være oppstått noen få århundre siden. Etter Romerrikets fall begynte anerkjennelsen av suverene stater som tidligere var en del av dette, og heretter også dannelsen av den moderne sekulære stat, og reguleringer i stor skala i hver av disse, men også *mellom* dem.

⁶ Fleischer (2005) s.53

Verdenskrigene førte til statenes samlede innsats for å forhindre lignende katastrofer i fremtiden, og dermed ble bl.a. FN opprettet, og menneskerettighetserklæringen og -konvensjonen kom til, samtidig som det innenfor flere emner ble opprettet regionalt samarbeid, som for eksempel NATO og EØS.

I all korthet, er altså er menneskenes behov for orden og forutsigbarhet når det gjelder kontakten med utlandet, som best lar seg realisere gjennom fellesregler, og ikke minst behovet for fred mellom statene, det som har presset frem fellesreguleringene, dermed også det vi forstår som folkeretten.

Nå er det imidlertid viktig å presisere at det ikke er et nødvendig kriterium for all folkerett at den primært retter seg til relasjonene mellom stater, selv om det ofte er tilfellet. Mye av folkeretten er også rettslige uttrykk for statenes felles verdier og målsetninger, som de ønsker å dele med flest mulig andre stater, og nå i fellesskap. Et eksempel her er forbudet mot tortur, som like gjerne kan rette seg mot forhold som ikke har grenseoverskridende elementer som mot internasjonale forhold. Men det er like fullt kommet til uttrykk i fellesreguleringer som tar sikte på å skape orden og fred, nasjonalt så vel som internasjonalt, slik at de oppstilte kriterier kan komme godt med i fastleggelsen av også denne mer internt rettede type folkerett.

2.1.2 Moderne definisjon, rettskilder m.m.

Den definisjonen av folkeretten som oftest går igjen, er at folkeretten er reglene som gjelder for statene og de internasjonale organisasjoner som er opprettet av statene.⁷ Dette er den tradisjonelle definisjonen på folkerett, som tiden har løpt fra i og med at det nå er klart at ikke bare stater, men også *individer* er og kan være subjekter i folkeretten. Dermed må definisjonen i det minste utvides til å omfatte disse.⁸

En viktig presisering hva gjelder statenes rolle som subjekter i folkeretten, er at de kun er det når de utøver statsmyndighet, og ikke når de for eksempel opererer som handelspart i privatrettslig sammenheng, da må staten likestilles med en hvilken som helst privat part, og samme regler må gjelde for dem begge.⁹ Med andre ord er folkerett i relasjon til statene den rett som regulerer rettsforholdene mellom statene i deres egenskap av sådanne.¹⁰

Folkeretten kan også forklares ut i fra dens *rettskilder*, altså ved å gi en oversikt over det som kjennetegner typen rett folkeretten kan manifestere seg i.

Folkeretten har ikke en sentral lovgivningsmyndighet som kan sammenliknes med hva den enkelte stat har. I mangel av typiske lover, får avtaler mellom statene, kalt traktater, stilling som den helt sentrale rettskilden i folkeretten. For at slike avtaler statene imellom ikke skal oppfattes som et sett rettslig ikke-bindende viljesytringer av kommersiell eller politisk art, er det visse krav som stilles for at man skal kunne si at det er avgitt dispositive utsagn.¹¹

For å finne ut om en avtale inngått på vegne av Norge er ”folkerett” i den forstand at den er folkerettslig bindende, og avtalen dermed et uttrykk for folkerett, må man for det første undersøke om Grunnlovens regler¹² for bindende avtaleinngåelse på slikt nivå er fulgt.

⁷ Gulmann (1989) s.16

⁸ Ruud (2002) s.16

⁹ Ruud (2002) s.17-18

¹⁰ Fleischer (2005) s.19

¹¹ Fleischer (1998) s.481

¹² Se for eksempel Grl. §§ 26, 28, 31, 93 m.fl.

Visse regler om legitimasjon, kan gjøre en avtale folkerettslig bindende til tross for at det er begått brudd på de ovennevnte eller andre nasjonale regler for hvordan avtale må inngås for å være folkerettslig bindende. I denne oppgaven forutsettes imidlertid at de folkerettslige reglene *er* bindende, uansett om dette kommer av gyldig avtaleinngåelse, eller av reglene om legitimasjon.

Ettersom folkeretten altså i stor grad er preget av de enkelte rettssubjekters (særlig statenes) frie rådighet¹³, er det for fastleggelsen av innholdet av den *konkrete* folkerettsregel nødvendig å undersøke hva de enkelte dispositive utsagn legger opp til.¹⁴

Men ikke all folkerett bygger på uttrykkelige avtaler mellom statene, eller på folkerettslig bindende ensidige viljeserklæringer. Mye av den baserer seg også bare på *sedvane*, som for folkeretten naturligvis bygger på *statenes* praksis. På samme måte som for intern rett, finnes det for folkeretten visse kriterier for hva som kan karakteriseres som folkerettslig sedvanerett, og blant de viktigste av disse er krav som stilles til sedvanens utbredelse, altså hvor mange stater som følger den, deretter krav til sedvanens fasthet og også dens varighet. Det er også et vilkår at statene opplever sedvaneretten som rettslig bindende.¹⁵

En oversikt over de resterende rettskildene i folkeretten, kan finnes i artikkel 38 i statuttene for Den internasjonale domstol. Her listes riktignok opp kildene *Den internasjonale domstolen* skal bruke i sin løsning av folkerettslige konflikter, men disse kildene regnes som en uttømmende liste over folkerettens rettskilder generelt¹⁶. Her står oppført, foruten de som allerede er nevnt, ”generelle lovprinsipper anerkjent av siviliserte stater”, samt ”juridiske beslutninger og juridisk teori”.

Hva gjelder ”de generelle lovprinsipper anerkjent av siviliserte stater”, viser dette til regler som er oppstilt i alle siviliserte stater.¹⁷

”Juridiske beslutninger” som også er nevnt, er ikke en formell rettskilde, men kan ha betydelig vekt i en rekke sammenhenger og sikter først og fremst til rettslige avgjørelser

¹³ Jfr. også pkt. 2.4 – 2.6

¹⁴ Fleischer (1998) s.482

¹⁵ Dixon (2005) s.29-32

¹⁶ Brownlie (1998) s.3

¹⁷ Brownlie (1998) s.15-16

av internasjonale domstoler¹⁸, mens juridisk teori i denne sammenheng først og fremst viser til fremstående folkerettseksperter fra de forskjellige landene.¹⁹

Folkeretten er altså et nokså mangslungent begrep som kan defineres på mange forskjellige måter. Samtidig utvikles folkeretten på måter det er vanskelig helt å forutse på forhånd eller å få oversikten over umiddelbart etter. Dette *dynamiske* elementet gjør det enda vanskeligere å gi en presis definisjon av begrepet.²⁰

¹⁸ Se gjerne pkt. 4.2.3.1 for en nærmere redegjørelse for bl.a. internasjonale domstolars avgjørelsers vekt i forbindelse med gjennomførte konvensjoner.

¹⁹ Brownlie (1998) s.19-24

²⁰ Ruud (2002) s.15

2.2 Norsk rett

Med *norsk rett* forstås regler på alle trinnhøyder, som etter en fullstendig gjennomgang av relevante rettskilder gjelder i riket. Etter en slik tolkningsprosess utført i henhold til norsk rettskildelære, vil noen norske regler måtte sies å være i strid med folkeretten, jfr. pkt. 4, mens andre ikke vil være det, jfr. pkt. 3.

Norske regler som er fremkommet som følge av at folkerettslige regler er blitt opptatt i norsk rett, ved gjennomføring som beskrevet i pkt. 4.2 holdes utenfor begrepet slik det er bestemt i denne avhandlingen, selv om også de formelt sett hører inn under norsk rett, dersom de er korrekt gjennomført. Denne typen regler betegnes her konsekvent som ”gjennomført *folkerett*”.

Bakgrunnen for en slik inndeling er av rent praktiske årsaker. Etter mitt syn legges det ved en slik begrepsbruk best til rette for å drøfte motstriden som kan oppstå mellom norsk rett, slik definert, og på den andre siden *gjennomført folkerett*. Definisjonen er her altså initiert av hensyn til en praktisk inndeling og fremstilling av motstridsproblemer, og ikke av et ønske om å gi begrepet ”norsk rett” en definisjon som fullt ut samsvarer med realitetene. Så lenge det er klarhet omkring hvilke reservasjoner det er tatt til definisjonene, er valget kun et spørsmål om hva som antas å være mest hensiktsmessig og pedagogisk for avhandlingens formål, og for meg er denne varianten i så henseende å foretrekke.

Altså defineres reglene her som henholdsvis norske eller folkerettslige ut ifra hvilket rettsystem de har sin primære opprinnelse fra, det norske, eller det folkerettslige.

2.3 Innholdet i motstridsbegrepet

Fordi motstridsproblemet står helt sentralt i denne avhandlingen, kan det være på sin plass å stoppe litt opp ved selve begrepet motstrid og undersøke det for å fastlegge dets nærmere innhold.

Motstrid innebærer opplagt nok at noe ikke er i overensstemmelse, og ettersom det her vil bli snakk om motstrid mellom norsk rett og folkeretten, står uoverensstemmelsen altså mellom regler som vi betegner som norske, jfr. pkt. 2.2 og regler som er blitt til på internasjonalt nivå, altså folkerett, jfr. pkt. 2.1.

Det er ofte en smakssak om man vil karakterisere et motsetningsforhold som ad tolkningsvei lar seg løse, som motstrid, eller bare som *tilsynelatende motstrid* og dermed ikke motstrid, fordi den jo elimineres gjennom visse tolkningsoperasjoner, som for eksempel går ut på at den ene bestemmelses rekkevidde reduseres slik at regelen til slutt passer med en annen bestemmelse.²¹

Jeg er imidlertid av den oppfatning at det er mest korrekt her å holde sistnevnte tilfeller *utenfor* motstridskategorien, og holde fast ved at motstriden bare er *tilsynelatende*. Dette begrunner jeg med at det er utvilsomt at slike regler *riktig* tolket, her ved bruk av presumsjonsprinsippet²², nettopp *ikke* kan sies å være i strid med folkeretten. For de *egentlige* reglers del, altså riktig ferdigtolket, står ikke i noe motstridsforhold til folkeretten. Det er enkelte *rettskilder* innenfor den norske regel som peker i motsatt retning enn folkeretten, og ikke den endelige norske *regelen*. Og hvilket av alternativene som skal velges i en slik situasjon med rettskilder som peker i forskjellige retninger, gir tolkningsregelen (presumsjonsregelen) svar på, ikke regler om motstrid.

Regelen *galt* tolket, altså uten hensyn til presumsjonsprinsippet der det etter norsk rett *skal* tas i bruk og være veiledende for fastleggingen av regelens innhold, kan jo egentlig ikke kalles noen regel, men i beste fall betraktes som et uttrykk for *forstadiet* til en regel, i en *ufullstendig* tolkningsprosess. Dette gjelder her på samme måte som for en hvilken som helst intern regel som av en eller annen grunn er galt eller ufullstendig tolket –

²¹ Eckhoff (2001) s.354

²² Se pkt. 3 for en gjennomgang av presumsjonsprinsippet.

denne kan neppe anses som noen regel, men heller en falsk forestilling om en regel, og kan således ikke plasseres i noen kategori av motstrid mellom *regler*. Glemmer man å ta hensyn til viktig rettspraksis og kanskje et avgjørende forarbeid, kan man lett ende opp med en *innbilt* regel. Derfor faller regler som *tilsynelatende* strider mot folkeretten, ikke inn under kapitlet om motstrid. De plasseres under kapitlet om hvordan *tilsynelatende motstrid* unngås, dvs. der man benytter seg av en metode for å hindre at *tilsynelatende* regler havner i det som tilsvarende må kalles *tilsynelatende motstrid*, men som kan fremstå som reelle regler i reell motstrid, jfr. punkt 3.

Her vil altså motstriden i pkt. 4 ta utgangspunkt i motstriden som oppstår mellom to eller flere isolert sett riktig *ferdigtolkede* regler. Når det gjelder den motstriden som kan *unngås* gjennom tolkning, i pkt. 3, er stillingen den at man bruker presumsjonsprinsippet på linje med de andre nasjonale rettskildefaktorene for å få frem den riktige regelen som gjelder etter at alle nødvendige trinn i tolkningsprosessen er gjennomført.

Motstriden kan ligge på et eller flere ulike plan. Den kan i noen tilfeller ligge i de innbyrdes motstridende reglers *vilkårside*. Foreskriver for eksempel en regel at man må være 18 år for å stemme, vil det vanskelig la seg forene med en regel som sier at det er tilstrekkelig for det nøyaktig samme formål å ha fylt 16 år. Leser man den første regelen antitetisk, slik det vil falle seg mest naturlig, ville tillatelsen til å stemme etter fylte 18 år innebære at man i en alder av under 18 år ikke fikk stemme. I andre tilfeller kan ulike vilkårsider knytte seg til samme følge uten at det må anses å foreligge noen motstrid. For eksempel kan det godt gis samme straff for både det å slå noen og det å bestjele noen, strafferammene kan endog være like uten at det skaper noen brist i det logiske forholdet mellom bestemmelsene.

På samme måte kan det ha seg i forhold til *følgesiden*. Det kan for eksempel være motstridende om en og samme handling leder ut i to forskjellige følger, alt ettersom hvilken bestemmelse i loven man tar utgangspunkt i. Følgene kan være motstridende på den måten at den ene skulle tilsi at handlingen er tillatt, mens den andre opplagt setter et forbud mot handlingen. Eller så kan begge følgene være forenlige når det gjelder spørsmålet om tillathet, men dikterer konsekvenser som ikke kan forlikes.

Det avgjørende er med andre ord den logiske holdbarhet av forholdet mellom forskjellene mellom to bestemmelser på enten vilkårs- eller følgesiden, og ikke forskjellen i seg selv. Et velegnet spørsmål i så henseende er om bestemmelsene, ferdigtolket etter rettskildelærens prinsipper, og sett i forhold til hverandre, gir anvisning på løsninger som ikke kan oppnås samtidig uten at den ene av dem dermed blir brutt.

Motstriden kan vise seg innenfor forskjellige *typer* regler. For eksempel kan motstriden bestå i at en regel, for en gitt person i en gitt situasjon, påbyr noe som en annen regel for samme tenkte tilfelle setter et forbud mot, eller påbyr noe annet som ikke kan utføres samtidig eller ved siden av det som første regel påbyr. Eller så kan situasjonen være at en regel tillater noe som en annen for samme tilfellet og samme person gir fritak fra, og at så langt fritagelsen utnyttes brytes også plikten.²³ Dette vil altså være motstrid mellom såkalte *handlingsregler*.²⁴

Likeledes kan det innenfor en annen gruppe regler, *kompetansereglene*, være logisk uforenlighet dersom den ene regel gir eksklusiv kompetanse som en annen kompetanseregel ikke samsvarer med ved at den selv gir kompetanse på tvers av hva den første regelen gir. Men er kompetansen ikke eksklusiv, slik at den etter en fullstendig tolkning ikke kan anses å være tillagt for eksempel bare det ene organet, ligger det ingen motstrid i det at et annet organ er blitt tildelt nøyaktig samme, eller delvis overlappende kompetanse.²⁵

Mellom kompetanseregler og handlingsregler kan det imidlertid ikke være noen motstrid, fordi de regulerer hver sine aspekter av forhold, som uansett logisk lar seg kombinere.²⁶ Man kan for eksempel godt tenke seg at det ved siden av en regel som tillater en handling, eksisterer en regel som gir bestemte personer adgang til å forby eller innskrenke tillatheten av den samme handlingen. Det kan naturligvis tenkes at kompetansen blir overskredet, slik at man setter et forbud i større utstrekning enn kompetanseregelen gir adgang til, men da er det ikke spørsmål om motstrid, men om kompetanseoverskridelser som bl.a. kan reise spørsmål om ugyldighet eller erstatning.

²³ Eckhoff (2001) s.343

²⁴ Fleischer (1998) s.58-59

²⁵ Eckhoff (2001) s.344-345

²⁶ Eckhoff (2001) s.345

De ulike bestemmelsene som kan komme i motstridsforhold, kan være av forskjellig *rang*. Hva gjelder de norske reglene, kan de for eksempel komme i lovs form, eller være uttrykt i forskrifter, eller være fastsatt i Grunnloven. I enkelte andre tilfeller kan noe bestemmes i provisorisk anordning, som for en midlertidig periode har lovs kraft. I mange tilfeller, altså først og fremst når det gjelder den gjennomførte folkerett, vil nettopp rangforholdet være avgjørende for hvilken regel som skal slå igjennom dersom det oppstår motstrid mellom bestemmelser og de er av ulik rang²⁷. For folkerettens del vil jus cogens kunne betraktes i et slikt perspektiv, som en slags ”opphøyd” rettskilde, og denne statusen vil være avgjørende i forhold til svaret på relevante motstridsspørsmål.²⁸ Utover dette vil imidlertid rangforholdenes betydning i forhold til motstridsspørsmålene ikke bli berørt i nevneverdig utstrekning.

Motstriden kan også være *total*, eller bare *delvis*, slik at enkelte av reglenes bestanddeler ikke kan forenes, mens andre deler i kombinasjon ikke skaper noen motstrid overhodet. Motstriden kan være fullstendig for begge reglers del på den måten at anvendelsesområdene til reglene er nøyaktig det samme. Men motstriden kan være total også bare for den ene regels vedkommende, og bare delvis for den andre, dersom anvendelsesområdet for den første regel i sin helhet faller innenfor den andres, men ikke omvendt.²⁹ I disse situasjonene er problemet prinsipielt ikke annerledes enn der motstriden er fullstendig, det er bare den forskjell at det for delvis motstridende bestemmelser bare er for enkelte kombinasjoner av bruk av reglene som fører til motstrid, ikke alle.

Videre kan det også tenkes tilfeller der reglene i og for seg er logisk forenlige, men hvor de *motvirker* hverandre og det er rimelig å anse dem som motstridende, for eksempel dersom en regel forbyr noe som den annen regel oppmuntrer til ved for eksempel å fastsette en premieordning som vil komme den som bryter den førstnevnte reglen til gode.³⁰ Men det må stilles visse minstekrav til forbindelsen mellom to slike regler, de må i hvert fall delvis knytte seg til *samme* forhold. For eksempel kan man ikke konstatere motstrid fordi om man mener at et forbud mot hundehold i et borettslag ikke er rimelig da det er

²⁷ Jfr. pkt. 4.2.1

²⁸ Se pkt. 4.3.3

²⁹ Eckhoff (2001) s.346

³⁰ Eckhoff (2001) s.346

innført regler som gir de med katt økonomisk støtte til katteunderholdet. Det er først dersom begge reglene knytter seg til minst ett av disse to dyreartene at det kan oppstå motvirkningsforhold som kan gjøre det rimelig å fastslå motstrid.

Motstrid er det imidlertid ikke dersom en regel må forstås som et unntak fra en annen. For eksempel kan det være tale om en generell hovedregel som i utgangspunktet dekker alle forhold den etter ordlyden omfatter, men som det i andre regler gjøres unntak fra for noen mer avgrensede forhold. Hvor klart det fremgår at den siste regelen er et unntak fra den første, kan selvsagt variere, og jo mindre klart det er jo nærmere beveger vi oss motstridstilfellene. Til slutt kommer vi kanskje til at det ikke foreligger noen holdepunkter for å kunne *tolke* den ene regelen som noe unntak, og altså unngå tilsynelatende motstrid, og da må vi ta i bruk metodene for løsning av faktisk motstrid, jfr. pkt 4.

Likeledes er det at flere regler kommer til anvendelse på en og samme situasjon, ikke i seg selv problematisk. De kan ofte anvendes i kombinasjon så lenge de ikke bryter med de logiske krav som stilles til det, og som i hvert fall for en del er skissert ovenfor.³¹ Det kan også bli aktuelt å tilpasse disse reglene i forhold til hverandre ved tolkning, så de i kombinasjon fører til et holdbart resultat, dette går gjerne under navnet *harmonisering*³², og er således en måte å *unngå* motstrid på, jfr. pkt. 3, og ikke en måte å løse den på, jfr. pkt. 4.

Noen *konkrete* eksemplifiseringer av motstrid slik de kan dukke opp, blir gitt i forbindelse med behandlingen av løsning på motstrid under punkt 4, oftest ved bruk av eksempler fra rettspraksis, og gjerne for å uttrykke poenger som gjelder for typetilfeller, og ikke bare den konkrete utvalgte regel.

³¹ Fleischer (1998) s. 208

³² Eckhoff (2001) s.333-334

2.4 Suverenitet

En av folkerettens grunnstener er læren om statenes suverenitet. Uten kjennskap til innholdet av denne, er det nærmest umulig å forstå den øvrige folkeretten, ettersom den på sett og vis utledes av og som en konsekvens av nettopp suverenitetsdogmet. Og kanskje særlig og spesielt i forhold til denne avhandlingens kjerne, spørsmålet om motstrid mellom norsk rett og folkeretten, er suverenitetslæren et nøkkelpremiss.

I hovedtrekk går suverenitetslæren ut på at enhver stat i utgangspunktet er underkastet sin egen vilje, og bare den.³³

Imidlertid er det på det rene at det gjelder visse begrensninger i dette utgangspunktet.

James Bodin, (1530 – 1596³⁴) en fransk jurist og filosof som særlig beskjeftiget seg med spørsmål omkring suverenitet, mente at den som var suveren ikke dermed hadde en absolutt frihet til å handle på hvilken som helst måte han måtte ønske. Suvereniteten måtte være underkastet bl.a. ”retten som er felles for alle nasjoner..”. Dette begrunnet han med at det fantes spørsmål som det måtte finnes en rettslig løsning på *utenfor* den nasjonale rett fordi de berørte flere staters interesser.³⁵

Statenes frihet må altså, uansett hva staten selv måtte mene om det, innskrenkes ikke minst av hensyn til folkerettssamfunnet, slik at statene for eksempel i kraft av sin suverenitet ikke fritt kan gå til krig mot en annen stat.³⁶

Men noe som i *resultatet* er en begrensning, trenger ikke selv være utslag av en begrensning. Statene kan med andre ord *velge* å gjøre mer eller mindre omfattende innskrenkninger i sin suverenitet, med det som følge at den for fremtidige forhold som omfattes av innskrenkningene ikke har noen rådighet som svarer til hva den ville hatt uten først å ha gått med på innskrenkningen. Man kan således tale om selvvalgte innskrenkninger i suvereniteten, og påtvungne innskrenkninger uten at det siste nødvendigvis innebærer at staten selv ikke stiller seg positive til disse. Saken avgjøres ut i

³³ Ruud (2002) s.21

³⁴ Wikipedia (u.å.) [4.2.2008] Tilgang: http://en.wikipedia.org/wiki/Jean_Bodin

³⁵ Spiermann (2004) s.5

³⁶ Se for eksempel pkt. 4.3.3 om viktige innskrenkninger i statenes suverenitet

fra om gyldigheten av suverenitetsbegrensningen folkerettslig sett er noe staten selv kan øve innflytelse over.

Suvereniteten relaterer seg ikke bare til *folkeretten*, på den måten at statene står fritt til å tilslutte seg for eksempel traktater. Suvereniteten relaterer seg *også* til forholdet *statene* imellom. Alle stater, store som små, er rettslig sett likestilt og forpliktet til å respektere hverandres uavhengighet og likhet. Suvereniteten forbyr statene å blande seg inn i hverandres interne forhold, de må respektere gyldigheten av legislative, dømmende og administrative handlinger av statene foretatt innenfor deres område av jurisdiksjon.³⁷

Samtidig som det altså er suvereniteten som på sett og vis åpner for folkeretten, fordi den bestemmer at ingen stat er bundet av leglasjon annen enn sin egen, fremkommer det av selve definisjonen på suverenitet, nærmere bestemt i bestemmelsen av dens rekkevidde, at det gjelder viktige begrensninger i suvereniteten ved at det finnes regler, særlig sedvanerettsbaserte, i forhold til hvilke ingen av statene er suverene.

2.5 Dualisme

Begrepene dualisme og monisme er navnet på to hovedteorier som har gjort seg gjeldende om forholdet mellom nasjonal rett og folkerett.

I følge det *monistiske* synspunkt, utgjør de nasjonale reglene og folkeretten sammen ett helhetlig rettssystem. Derfor foreligger ikke noe behov for å gjennomføre folkerettslige regler i den nasjonale rett for at de skal gjelde også på nasjonalt nivå, for eksempel for nasjonale domstoler. De folkerettslige regler gjelder uten videre også internt i den enkelte stat.³⁸

³⁷ Evans (2006) s.363

³⁸ Evans (2006) s.428

Den *dualistiske* teori går på den annen side ut på at nasjonal rett og folkeretten nettopp *ikke* tilhører ett og samme system, og at det er nødvendig med gjennomføring dersom folkeretten skal kunne gjøres gjeldende også på nasjonalt nivå.³⁹

Spørsmålet blir derfor hvilket av disse to teoriene som gir det mest dekkende bildet på forholdet mellom norsk rett og folkeretten.

Den norske rettsteorien er ganske klar på at folkerettens regler for Norges del i all hovedsak⁴⁰ ikke uten videre får virkning på linje med intern rett, den er ikke automatisk "the law of the land".⁴¹ Tradisjonelt er Norges forhold til folkeretten ansett å være dualistisk.⁴²

En bekreftelse av at dette er utgangspunktet kan leses ut av at forslaget om å grunnlovfeste at all folkerett skulle være norsk rett, i 1994 ble avslått av Stortinget i forbindelse med opprettelsen av Grl. §110c.⁴³ Både det at forslaget ble reist, og at det ble nedstemt, er med på å vise at dualismen *var* og fortsatt *er* norsk retts utgangspunkt.

I den såkalte OFS-dommen holder Høyesterett seg til de aktuelle norske lovene og dømmer fullt ut i tråd med disse til tross for at det etter sigende ville innebære et brudd med folkeretten. Høyesterett uttaler om spørsmålet "Dersom det er en klar motstrid mellom folkerettslige bestemmelser og norsk rett, vil imidlertid utgangspunktet⁴⁴ måtte være at den interne rett går foran."⁴⁵

Imidlertid utfordres dette i noen grad ved de såkalte generelle henvisninger, jfr. pkt. 4.1.2.1. Disse reglene gjør for et avgrenset område folkeretten generelt gjeldende i norsk rett, deriblant også traktater. Men man må fastholde at det allikevel alltid er Stortinget som ved vedtakelsen av den generelle henvisning til folkeretten som i utgangspunktet bestemmer også dette.

Blir de folkerettslige regler allikevel bindende for Norge, ved at den interne rett for eksempel ved en enkelt henvisning gjør alle folkerettsregler automatisk gjeldende på

³⁹ Evans (2006) s.428-429

⁴⁰ Det gjelder viktige forbehold bl.a. i forhold til sedvanerett, jfr. pkt 4.3.3

⁴¹ Fleischer (2005) s.359

⁴² Krüger (2001) s.90

⁴³ Fleischer (2005) s.360

⁴⁴ "Utgangspunkt" blir antakeligvis brukt pga. unntaket som gjelder for bl.a. jus cogens, jfr. pkt. 4.3.3

⁴⁵ Rt. 1997 s.580 (593)

alle eller enkelte rettsområder, er fortsatt dualismen altså fortsatt det prinsipielle *utgangspunkt* i og med at det er statens interne rett som åpner for en slik løsning, og vi får kun hva vi kan kalle en monistisk *effekt*.⁴⁶ For de folkerettslige reglene som på denne måten gjennom norske vedtak blir gjeldende i landet, kan man altså si at de sammen med andre norske regler utgjør en helhet, og først i *resultatet* forholder seg til nasjonal rett som det monistiske systemer legger opp til allerede i *utgangspunktet*. Man må altså fastholde at eksistensen av valgmuligheten ubøyelig gjør utgangspunktet, prinsipielt derfor også systemet, dualistisk.

På samme måte som det dualistiske utgangspunkt ikke er i veien for at folkerett ved en intern rettsakt gjennomføres i norsk rett, representerer det heller ikke noe hinder for at folkeretten, i medhold av en intern bestemmelse, gis forrang fremfor norsk rett. En slik regel kan innenfor den nasjonale system senere eventuelt reverseres, slik at folkeretten mister forrangsposisjonen.⁴⁷

Men altså også i forhold til spørsmålet om forrang, må man som hovedregel lete seg frem til svaret basert på en lov, altså en norsk viljesytring. Dersom det er opp til Norge om folkeretten i det hele tatt skal gjelde i landet, må naturligvis Norge også få bestemme hvilken vekt folkeretten som gjennomføres skal ha i forhold til annen norsk rett.

For Norges vedkommende er ikke bare utgangspunktet dualistisk, dualismen er også i det store og det hele mest betegnende for det positive (gjeldende) forholdet mellom norsk rett og folkeretten. Man har nemlig på de fleste områder *ikke* fastsatt noen henvisning som gjør folkeretten gjeldende i norsk rett uten videre, og langt mindre foreligger noen generell henvisning som skulle gjelde for alle rettsområder. Allikevel er det stadig flere slike henvisninger, på viktige områder, noen eksempler vil bli nevnt bl.a. i pkt. 4.2.2.1 Vi kan altså kanskje derfor slå fast at vi ut ifra et dualistisk utgangspunkt i stadig større grad velger oss ”monistiske effekter”.

⁴⁶ Fleischer (2005) s.358-359

⁴⁷ Nijman (2007) s.61

Dualismen kan kanskje også sies å være en logisk nødvendighet av det som er sagt om statenes suverenitet⁴⁸, særlig sett i forhold til elementet av lovgivende myndighet som suvereniteten knytter seg til.

2.6 Norges rettskildelære avgjørende for motstridsspørsmålet

Spørsmålet om motstrid mellom folkeretten og norsk rett er en del av et langt mer omfattende kompleks, nemlig ”forholdet mellom intern rett og folkeretten”.

Når det gjelder spørsmålene som dukker opp i tilknytning til motstrid, må vi først og fremst ha klart for oss *hvor* svarene ligger, innenfor norsk rett selv, eller kanskje innenfor en eller flere av folkerettens forgreninger.

Det er blant de rettslære, altså i teorien, oppnådd stor enighet om at hovedregelen er at svaret på folkerettens stilling i intern rett må finnes i det enkelte lands *egne* rettskildelære eller statsforfatningsrett,⁴⁹ og ikke i den folkerettslige doktrine. At det er slik kan på mange måter *logisk* utledes av konklusjonen fra pkt. 2.5 om at dualisme, i kraft av landenes suverenitet, gir best beskriver rettstilstanden i Norge. Er det norske rettssystemet dualistisk, betyr det per definisjon at det er Norge som i all hovedsak regulerer forholdet mellom folkeretten og norsk rett. Og ettersom spørsmålene om motstrid jo er en del av det komplekset, følger det logisk at norsk rett har det avgjørende ordet også i forhold til disse, altså spørsmålene om motstrid.

Med dette er det selvsagt ikke sagt noe om *hva* som måtte gjelde i tilfelle av motstrid – bare i hvilket rettssystem, eller ”terreng” svaret ligger eller er hjemlet.

Hovedregelen om at det er norsk rett som bestemmer løsningen på motstridsspørsmålene, innebærer imidlertid heller ikke at det ikke er mye å hente i folkeretten, som i noen tilfeller kan utfylle og kanskje også klargjøre de norske utgangspunktene på dette området. Dessuten er det slik at det, i og med at det jo dreier seg

⁴⁸ Se pkt. 2.4

⁴⁹ Se bl.a. Helgesen (1982) s.5, Gulmann (1989) s.81, Ruud (2002) s.29, Fleischer (2005) s.358, Smith (1982) s.12-13 og Evans (2006) s.423

om en *hovedregel*, foreligger visse unntak. Dette er mest relevant i forhold til for eksempel en del av menneskerettighetene og krigens rett, såkalt *jus cogens*⁵⁰

3 Unngåelse av tilsynelatende motstrid – presumsjonsregelen

3.1 Presumsjonsprinsippets anvendelsesområde - i forhold til norsk rett og folkeretten

Intensjonen bak folkeretten sett i sammenheng med de grenser for statenes suverenitet som folkeretten oppstiller, gjenspeiles i et norsk tolkningsprinsipp som kommer til anvendelse i tilfeller der man står overfor norske rettsregler det kan være tvil om er i samsvar med folkerettslige regler.

I mange tilfeller vil det alt etter hvordan man vektlegger og slutter fra de ulike rettskildefaktorer som foreligger for en gitt rettsregel, kunne være en eller flere forskjellige forståelser av regelen. Noen tolkningsvarianter kan i større eller mindre grad stride mot folkeretten, mens andre vil kunne være fullt ut forenlige med folkeretten.

Hovedsynspunktet er da, utviklet og stadfestet gjennom langvarig rettspraksis⁵¹, og anses som sikker rett i teorien⁵², at man skal velge den eller de løsninger som *ikke* strider mot folkeretten. Selv om det ikke er sagt uttrykkelig noe sted for den enkelte regel, skal man altså i følge presumsjonsprinsippet så langt det er mulig tolke og bruke den nasjonale rett slik at den ikke kommer i strid med folkeretten.

At presumsjonsprinsippet i slike tvilstilfeller skal anvendes ble senest bekreftet i Rt. 2007 s. 234 der det på vegne av en enstemmig Høyesterett sies "(...) for å *unngå* (min

⁵⁰ Se pkt. 4.3.3

⁵¹ Uttalt generelt i for eksempel Rt. 2000 s. 1811 (1836) og LH-1999-960 (3. avsnitt i lagmannsrettens bemerkning)

⁵² Helgesen (1982) s.90

uth.) motstrid, praktiserer Norge i en viss⁵³ utstrekning presumsjonsprinsippet ved at norsk rett presumeres å være i samsvar med våre folkerettslige forpliktelser.”⁵⁴

Så lenge den nasjonale rett ikke utvetydig fastlegger en folkerettsstridig regel, presumeres altså den interne rett å stemme med folkeretten.⁵⁵ Dette gjelder uansett om folkerettsstriden er bevisst eller ubevisst, ønsket eller uønsket fra lovgiverhold. Men er den utvetydige motstrid ikke bevisst eller ønsket, er det tatt til orde for at den faktiske motstriden kan løses ved at norsk rett settes til side, altså basert på en presumsjon eller antakelse om lovgiverviljen, men ikke selve loven slik den etter det foreliggende rettskildemateriale kan tolkes, se pkt. 4.1.

Det siste må imidlertid for all del ikke forveksles med bruk av presumsjons*prinsippet*. Presumsjonsprinsippet er en egen størrelse med et eget innhold, som altså utelukkende gjelder tilfeller der den norske regelen selv åpner for en folkerettsvennlig løsning. Det at man i andre relasjoner kan tillegge presumsjoner avgjørende betydning, for eksempel i tilfeller der det er faktisk motstrid, må holdes atskilt fra bruken av presumsjons*prinsippet* slik det nettopp er definert i dette kapitlet, under hensyn til bl.a. pkt. 2.3.

I Rt. 2000 s. 1811 oppstilles nettopp en grense for så vidt motstriden med folkeretten er *klar* og bevisst, selv om den ikke kan sies å være ønsket fra lovgivers side. Presumsjonsprinsippet ble antatt ikke å strekke seg også til slike tilfeller, dette til tross for at man befant seg på EØS-området der det er eksplisitt er vedtatt mål om rettsenhet.⁵⁶

Der norske regler ikke gir noen løsning, altså verken i favør eller ufavør av folkeretten, vil det allikevel være nødvendig å kunne oppstille en regel. I slike tilfeller sier man at det i norsk foreligger en ”lakune”, og for disse tilfellene vil presumsjonsprinsippet kunne brukes som et argument for at folkerettens løsning antas som norsk rett.⁵⁷ Men slike

⁵³ Se neste punkt for begrensninger som gjelder for dette.

⁵⁴ Rt. 2007 s.234 (pkt. 54)

⁵⁵ Smith (1982) s.135

⁵⁶ Rt. 2000 s.1811 (1831) se for øvrig avgrensning knyttet til EØS i pkt. 1.3

⁵⁷ Fleischer (2005) s.361. Selv om man her kan si at regelen ikke selv rommer en *konkret* rettskilde som peker i folkerettsvennlig retning, er det etter min mening riktigst å sortere lakune-tilfellene under pkt. 3, slik Fleischer nettopp gjør. Dette fordi det for det første ikke foreligger klar motstrid, deretter også fordi løsningen ikke ligger i tilsidesettelse, og dermed mangler begge de to momentene som utgjør grunnlaget for henholdsvis problemet og løsningen for det som hører under pkt. 4.

tilfeller er unektelig noe spesielle. Bruk av presumsjonsprinsippet vil her innebære at man *lager* seg et alternativ som stemmer med folkeretten, og ikke at man *velger* seg et allerede eksisterende alternativ med den egenskapen at den harmonerer med folkeretten, som nok er det *typiske* for bruken av presumsjonsprinsippet.

Men lakune omfatter også tilfeller der norsk rett for et spørsmål *har* relevante rettskilder, men der disse sett i sammenheng ikke tilsier noe sikkert svar, altså gjerne slik at den ene løsningen er like forsvarlig som den andre. Da vil presumsjonsprinsippet igjen være avgjørende for *valget* mellom allerede eksisterende alternativer.

Et eksempel hentet fra eldre rettspraksis kan trekkes frem, nemlig Rt. 1933 s. 511. Saken dreide seg om to parter som begge gjorde krav på å få etablert eiendomsrett over deler av Jan Mayen. Her fant Høyesterett seg foran et spørsmål som det ikke forelå noen løsninger på etter norsk rett, og benyttet seg derfor av folkerettslige regler i løsningen av spørsmålet, riktignok uten å nevne dette uttrykkelig.⁵⁸

Mens vi nå har gått gjennom hva som kjennetegner de *norske* reglene som presumsjonsprinsippet kan anvendes på, går vi nå over til å se hva slags *folkerett* som er aktuell, altså som den beskrevne type norsk rett presumeres å stemme overens med.

I følge Smith gjelder presumsjonsprinsippet som alminnelig regel bare i forhold til generelle folkerettsregler som er alminnelig kjent, altså folkerettslig sedvanerett.⁵⁹ Men at han uttrykker dette som en *alminnelig regel*, kan med rimelighet tolkes slik at det etter hans syn ikke er noen absolutt og ufravikelig regel uten unntak.

Presumsjonsprinsippet tar også etter Fleischers syn ”trolig” bare sikte på de alminnelige folkerettsregler, som er bindende for alle stater uten særskilt vedtakelse.⁶⁰ Modifikasjonen som ligger i ordet ”trolig” viser nok at heller ikke Fleischer anser dette som noen absolutt regel.

Castberg har foretatt et skille mellom *rettssettende* traktater, altså traktater som kodifiserer gjeldende rett⁶¹, som for det etter hans mening bør kunne oppstilles en

⁵⁸ Ruud (2002) s.31

⁵⁹ Smith (1982) s.144

⁶⁰ Fleischer (2005) s.361

⁶¹ Her tenkes det vel presumptivt på folkerettslig sedvanerett, ettersom den uansett og for alle alltid *gjelder* jfr. pkt.4.3.3.

fortolkningspresumsjon, og *kontraktstraktater* mellom stater, som presumsjonsprinsippet ikke bør omfatte. Argumentet for det siste er i følge ham selv at mislighold eller andre hindringer kan føre til at traktaten delvis eller helt ikke blir oppfylt fra en av statene, som igjen måtte føre til at rettsanvender alltid måtte være klar over avtalens status før han kunne være sikker på at traktatens bestemmelser gjaldt, og dermed ble omfattet av presumsjonsregelen.⁶² Smith stiller spørsmål om disse usikkerhetsmomentene egentlig skiller seg noe fra det som like gjerne kan oppstå i intern rett, men kommer selv med et argument i samme retning, nemlig at en uenighet mellom statene om hvordan traktaten er å forstå, ikke er egnet å løses i en utelukkende nasjonal domstolsbehandling.⁶³ Castbergs syn kan sies å være at sedvanerett skal omfattes av presumsjonsprinsippet, men ikke traktater.

Ruud og Ulfstein stiller seg nokså åpent for bruk av presumsjonsprinsippet også overfor traktater, men med den reservasjon at prinsippet har større vekt i forhold til folkerettslig sedvanerett enn i forhold til traktatfrestede regler.⁶⁴

Smith gjør en videre *presisering* av reglene presumsjonsprinsippet etter hans overbevisning antas å knytte seg til. Han mener således at de allment anerkjente folkerettssetninger innbefatter, for det første, de *sikre sedvanerettsregler* og for det andre *større kodifikasjonskonvensjoner*. Altså er det etter hans syn slik at også enkelte konvensjoner, dvs. traktater omfattes av presumsjonsprinsippet.

Når det kommer til mer spesielle traktater, anser han det som mer tvilsom hvorvidt disse også kan omfattes av presumsjonsprinsippet.⁶⁵ Imidlertid mener han at statenes folkerettslige forpliktelse til å etterleve sine traktatforpliktelser, *i seg selv* taler for å tolke den interne retten i samsvar med traktatene, særlig der tolkningsalternativene ellers er noenlunde likeverdige.⁶⁶ Det praktiske utslaget av et slikt synspunkt, selv om det ikke begrunnes med presumsjonsprinsippet, men med ”*pacta sunt servanda*”, er imidlertid nettopp det samme som bruk av presumsjonsprinsippet.

I en sak som gjaldt rettslig prøving av tvangsinngrep foretatt overfor en sikringsdømt, fant man at norsk lov ikke ga noe svar, og baserte derfor svaret på en

⁶² Smith (1982) s.136

⁶³ Smith (1982) s.136

⁶⁴ Ruud (2002) s.44

⁶⁵ Smith (1982) s.136

⁶⁶ Smith (1982) s.136-137

traktatforpliktelse, nærmere bestemt EMK⁶⁷ ved å fremheve at avgjørelsen da måtte treffes ”(...) ut fra de reelle hensyn som her gjør seg gjeldende, herunder det hensyn at norsk lov så vidt mulig må forutsettes å være i samsvar med traktater som Norge er bundet av (...)”⁶⁸. En slik generelt utformet uttalelse kan med god grunn tas til inntekt for synspunktet om at visse traktater også inngår i presumsjonsprinsippet.⁶⁹

Men man kan også tenke seg å presumere norsk rett å stemme overens med *spesielle* traktater, dersom den norske regelen som regulerer forholdet og strider klart imot folkeretten, må anses som lite livskraftig, i følge Smith.⁷⁰ Med livskraftig menes formodentlig en regel som tiden har løp fra, og som på grunn av manglende oppdateringer i takt med endringer i samfunnet for øvrig, nærmest er ubrukelig.⁷¹ Også for de spesielle traktatene må Smiths poeng om at folkerettsforpliktelsen i seg selv taler for å velge det folkerettsvennlige alternativ, i hvert fall i noen grad kunne komme som et tilleggsargument for en slik løsning, uansett hvordan livskraften til regelen måtte være.

I en kjennelse fra 1992⁷² vedrørende en utenlandsk statsborgers brudd på bl.a. forurensningsloven, ble FNs havrettskonvensjon av 1982 trukket frem for Høyesterett selv om den ikke var bindende for Norge, både fordi den ikke var ratifisert av Norge, og ei heller uttrykk for folkerettslig sedvane. Den foreskrev pengestraff for den aktuelle typen miljøforgåelser, mens den norske loven for det samme foreskrev fengselsstraff. Det dreide seg altså om en *spesiell* traktat, som ville virke i gunstig retning for den tiltalte. Mindretallet mente at traktaten måtte anerkjennes som et vesentlig moment ved straffutmålingen, og at Norge burde søke løsninger som stemte med internasjonale tendenser med utgangspunkt i den aktuelle traktaten. *Flertallet* mente derimot at traktaten riktignok var relevant, men at så lenge Norge ikke hadde ratifisert traktaten kunne den ikke være utslagsgivende, særlig med tanke på at forgåelsen var av en slik kvalifisert alvorlighetsgrad at fengselstraff måtte være rimelig. Sluttresultatet ble dermed at

⁶⁷ Ratifisert av Norge 15. januar 1952 (LOV-1950-11-04) Inkorporert først i 1999 (LOV-1999-05-21-30))

⁶⁸ Rt. 1984 s.1175 (s.1179-1180)

⁶⁹ Imidlertid må dette også sees i lys av at menneskerettigheter generelt ser ut til å slå sterkere igjennom enn andre regler uansett hvor og hvordan de kommer til uttrykk.

⁷⁰ Smith (1982) s.144

⁷¹ Smith (1982) s.144-145

⁷² Rt. 1992 s.1578

konvensjonen ikke fikk noe videre utslag i saken, men dommen viser allikevel at spesielle traktater nok ikke er så betydningsløse som teorien noen ganger synes å legge opp til.

Skoghøy mener det på nåværende tidspunkt i utviklingen er utvilsomt at presumsjonsprinsippet også omfatter traktatretten, og baserer sitt syn på bl.a. rettspraksis.⁷³

Dette kan oppsummeres slik at det for presumsjonsprinsippets nærmere rekkevidde gjør seg gjeldende en del uenighet i teorien, men at det ser ut til at det hersker en viss enighet om at både spesielle traktater kan komme inn i visse tilfeller, og at presumsjonsprinsippet kan anvendes også i noen tilfeller av klar motstrid.

Ellers vil man nok i norsk rett strekke presumsjonsregelen *lenger* når den først er anvendelig jo mer utbredt de folkerettslige reglene er, men et sted går det en grense som, dersom den overtres, vil føre til at man i realiteten omgår kravet om gjennomføring i norsk rett.⁷⁴ En massiv utvikling i den retningen kunne i sin tur tenkes å rukke ved rettssystemets dualistiske fundament, og etter hvert kanskje også true rettssikkerheten.

Rt. 1938 s. 584 er et eksempel på at en traktat legges til grunn uten at den er ratifisert av Norge, på den bakgrunn av at dens innhold anses å være uttrykk for *folkerettslig sedvanerett*. Konvensjonen, som enda ikke var bindende, foreskrev immunitet for et utenlandsk skip som det i saken var spørsmål om skulle nyte godt av dette enda Norge ikke hadde ratifisert konvensjonen – Høyesterett kom til at Norge måtte være bundet av konvensjonen fordi den var uttrykk for alminnelig folkerett, som norsk rett antas å stemme overens med.⁷⁵ Dette viser det nokså selvsagte at så lenge det er snakk om folkerettslig bindende sedvane, vil en traktat med samme innhold som ikke er ratifisert ikke gjøre innholdet av sedvanerettsregelen mindre bindende enn ellers.

⁷³ Skoghøy (1998) s.115

⁷⁴ Smith (1982) s.137

⁷⁵ Rt. 1938 s. 584 (585)

3.2 Legalitetsprinsippet som skranke for presumsjonsprinsippets rekkevidde

En relevant problemstilling i forhold til presumsjonsprinsippet, er hvorvidt legalitetsprinsippet vil kunne utgjøre en viktig begrensning for dets rekkevidde.

For å nærme oss svaret på det, gis først en generell beskrivelse av legalitetsprinsippet. Deretter blir presumsjonsprinsippet ”prøvet” opp mot det i et forsøk på denne måten nærmere å definere presumsjonsprinsippets gjennomslagskraft.

Legalitetsprinsippet bestemmer grovt sett at det for inngrep i borgernes rettssfære kreves hjemmel i *formell lov*, dette kravet formuleres også undertiden som lovkravet.

Hvis det ikke dreier seg om noe ”inngrep”, for eksempel fordi det ikke vedrører borgernes frihet eller rettssfære, men rent statlige eller interne forvaltningsmessige forhold, omfattes det ikke av selve legalitetsprinsippet.⁷⁶

Det er videre på det rene at legalitetsprinsippet bare er til hinder for at rettsundersåtten stilles *dårligere* enn hva den formelle norske lov skulle tilsi.

Presumsjonsprinsippet kan strekkes lenger dersom det vil være til fordel for den enkelte i forhold til det offentlige, men ikke dersom det ville medføre en fordel i forhold til den ene av to parter, og en samtidig svekkelse av stillingen til den andre private.⁷⁷ I en nyere dom fra Borgarting lagmannsrett sies det

”Folkerettsregler som gir en rett eller et vern for individet vil ha betydelig større gjennomslagskraft enn folkerettsregler som innebærer inngrep eller plikter for den enkelte. I sistnevnte tilfelle setter legalitetsprinsippet relativt snevre grenser for hvor langt en bør gå i å tolke en lovbestemmelse utvidende.”⁷⁸

Dette er nettopp begrunnet i at legalitetsprinsippet beskytter enhver privat part, også i forhold til en annen privat part, mot å stilles dårligere enn norsk rett tilsier, og at det offentlige ikke nyter den samme beskyttelse.

Rent unntaksvis, nevner Graver, kan sedvaneretten være tilstrekkelig hjemmel for inngrep som forvaltningen foretar overfor borgerne.⁷⁹ Enkelte andre har også, særlig i

⁷⁶ Graver (1999) s.212

⁷⁷ Rt. 2000 s.1811 (1832)

⁷⁸ LB-2007-119103 (pkt. 21)

⁷⁹ Graver (1999) s.79

nyere tid, luftet tanken om et relativisert hjemmelskrav, der hjemmelskravet blir strengere jo mer inngripende handlingen er.⁸⁰

En kjennelse fra 2007 kan muligens gi støtte for et slikt synspunkt. Uten at det er nødvendig å gå inn på saksforholdet, uttaler dommer Lund, på vegne av flertallet, om mulige inngrep i ytringsfriheten⁸¹ som bl.a. er sikret gjennom Grl.§100

”Etter min mening må inngrep i ytringsfriheten som klar hovedregel ha grunnlag i formell lov eller forskrift gitt i medhold av lov. Unntaksvis kan sedvaner og domstolsskapt rett også gi hjemmel for slike inngrep.”

Forutsetningen for at noe slikt skal kunne la seg gjøre, er imidlertid fortrinnsvis at hensynene bak legalitetsprinsippet blir ivaretatt, blant annet ved at innholdet av sedvanen er klart og allment kjent.⁸²

Det er altså mulig å tolke dette slik at en forverring av rettsstillingen til den enkelte i noen tilfeller kan tillates uten hjemmel i formell norsk lov, og at det dermed kanskje på mer generell basis gjelder et såkalt ”relativt” legalitetsprinsipp, i likhet med det som Graver antyder gjelder på forvaltningens område.

Imidlertid må inngrep på strafferettens område gjennomgående anses som såpass alvorlige at legalitetsprinsippet under enhver omstendighet ikke kan fravikes. Man må i alle tilfelle her operere med et relativt snevrere unntaksbegrep⁸³. Dette er kommet til uttrykk bl.a. i Grunnlovens § 96 der det står at ingen kan dømmes uten etter lov, og altså at straff etter sikker tolking må ilegges med hjemmel i formell lov.

Hvordan kan så et slikt legalitetsprinsipp sies å kunne virke inn på presumsjonsprinsippet slik det er forklart i pkt. 3.1?

For det første kan det sies at legalitetsprinsippet dypest sett bare krever at det *formelle grunnlag* må tas i en norsk lov, og er ikke til hinder for at folkeretten, selv om den

⁸⁰ Graver (1999) s. 85 og også Helgesen (1982) s.87

⁸¹ Det må uten videre være klart at det representerer et inngrep i borgernes rettssfære om de får sine positive rettigheter innskrenket, og at det ikke er noe krav om at rettighetene i sin helhet blir fratatt dem. Likeledes må det være klart at det innebærer et inngrep i strid med legalitetsprinsippet dersom man blir hindret i å utøve en rett man på aktuelle tidspunkt har etter loven, selv om lovgiver selv med virkning for fremtiden har adgang til å fjerne eller innskrenke den aktuelle lovbestemmelse i henhold til reglene om lovendring.

⁸² Rt. 2007 s.404 (pkt. 67) sett i sammenheng m bl.a. (pkt. 64-65)

⁸³ Selv om ytringsfriheten etter Grl.§100 er høyt aktet og kun snevre unntak tillates, er det nok flere betenkeligheter knyttet til eventuell inngripen på strafferettens område uten hjemmel i formell lov enn det er for Grl. § 100.

ikke er gjennomført i norsk rett, brukes som *fortolkningsmiddel*.⁸⁴ Brukes altså presumsjonsprinsippet som rettesnor for utvelgelsen av et av flere tolkningsalternativer den norske regelen selv gir anvisning på, strider denne bruken ikke imot legalitetsprinsippet.

Men det er klart at jo lengre vekk man i sin tolkning beveger seg fra ordlyden, jo større er faren for at man i realiteten vil komme til likefrem å *tilsidesette* regelen, og dermed til slutt ende opp med å mangle det formelle grunnlag som legalitetsprinsippet krever.

Men gjelder det spørsmål for hvilke norske regler *ikke* gir noen klar løsning, og der folkerettslig sedvane har et svar, kan man nok, slik bl.a. Fleischer⁸⁵ hevder, snakke om bruk av presumsjonsprinsippet dersom man sett hen til folkerettslige regler ender opp med en regel som tilfredsstillers krav. Her setter imidlertid legalitetsprinsippet grenser for så vidt folkerettens løsning ville innebære et "inngrep" i borgernes rettsfære. Dersom man bruker folkeretten som eneste hjemmel for svaret, og ikke som en fortolkningsfaktor for en hjemmel som er rotfestet i formell norsk lov, strider dette opplagt mot legalitetsprinsippet.

Videre er det som innledningsvis nevnt, slik at legalitetsprinsippet bare omfatter det som man forstår som "inngrep" i borgernes rettssfære, og det gjelder ubetinget, altså uansett om det foreligger en norsk lov, hva den nærmere går ut på, eller om norsk rett ikke gir noe klart svar. Dreier det seg ikke om lover som berører borgernes rettssfære, trengs ikke på samme måte hjemmel i formell lov. Det må reflekteres på presumsjonsprinsippet, som i slike tilfeller kan anvendes uten hinder av legalitetsprinsippet.

Imidlertid hevder som nevnt Graver at sedvaneretten i *unntakstilfelle* kan representere et tilstrekkelig hjemmelsgrunnlag, og et slikt synspunkt kan det finnes støtte for også i nyere rettspraksis⁸⁶. I den grad det forutsettes å stemme, må presumsjonsprinsippet likeledes i slike tilfelle gå klar av begrensningene som legalitetsprinsippet ellers setter. Dette vil som konsekvens altså kunne åpne for at det i disse tilfellene er adgang til å tolke norske regler til å innebære inngrep på grunnlag av tilsvarende regler i folkerett som altså ikke er kommet til uttrykk i formell norsk lov. Men i

⁸⁴ Smith (1982) s.148

⁸⁵ Fleischer (2005) s.361

⁸⁶ Jfr. bruk av Rt. 2007 s.404 som eksempel.

hvert fall etter den nevnte dommen vil slik folkerett altså måtte tilfredsstille visse krav, bl.a. til klarhet og tilgjengelighet, altså i realiteten hensynene som ligger bak legalitetsprinsippet.

Når det endelig gjelder bruk av presumsjonsprinsippet til fordel for folkeretten på tvers av, og direkte i strid med, en norsk regel, er situasjonen den samme som for lakune-tilfellene. Det må legalitetsprinsippet sette en stopper for, så langt den andre regelen altså stiller den norske rettsundersåtten *dårligere* enn den norske regelen isolert eller ellers innebærer et inngrep i borgernes rettssfære utover det den norske hjemmelen gir adgang til.

Dette må gjelde generelt, også i forhold til såkalte "lite livskraftige" norske regler som Smith mener kan overses selv til fordel for innholdet i spesielle folkerettslige traktater.⁸⁷ Om det så i utgangspunktet skulle la seg gjøre, kan det ikke under noen omstendighet gjøres dersom det altså vil innebære et inngrep overfor den enkelte, eller stille ham *dårligere* enn selv den lite livskraftige regel ville ha gjort.

Samtidig som altså legalitetsprinsippet vil beskytte borgerne mot med grunnlag kun i folkeretten å bli stilt *dårligere* enn norsk rett skulle tilsi, vil legalitetsprinsippet ikke gjelde overhodet så lenge den folkerettslige regel stiller den enkelte *bedre* enn norsk rett isolert. Dette gjelder selvsagt også på strafferettens område. Tvert om vil presumsjonsprinsippet i slike tilfeller gjerne få en ekstra stor gjennomslagskraft.⁸⁸

Legalitetsprinsippet setter altså på viktige områder nokså omfattende grenser for hvor langt presumsjonsprinsippet kan strekkes, men det finnes i teorien gir allikevel tydelige vink om at de nok ikke er helt absolutte. I den grad disse reservasjonene som knytter seg til legalitetsprinsippet gjelder, kan de i stor grad også overføres til presumsjonsprinsippet som gjennom disse får forstørret sin gjennomslagskraft tilsvarende.

Kommer ikke presumsjonsprinsippet til anvendelse, enten på grunn av sitt primære anvendelsesområde, fordi den norske regelen utvetydig fastlegger en folkerettstridig regel, eller som en følge av at legalitetsprinsippet oppstiller skranker for bruken av prinsippet, må problemet må løses etter reglene og prinsippene presentert i neste punkt.

⁸⁷ Se pkt. 3.1 jfr. Smith (1982) s.144

⁸⁸ Rt. 2007 s.234 (pkt. 55)

4 Løsning av faktisk motstrid

4.1 Et poeng både i forhold til gjennomført og ikke-gjennomført folkerett, i strid med annen norsk lovgivning

Der alle rimelige tolkningsvarianter av en norsk regel ville føre til brudd med folkeretten, det vil si det foreligger *klar*⁸⁹ motstrid i forhold til folkeretten, kan man i følge enkelte innenfor visse grenser⁹⁰ sette den norske regelen til side og gi folkeretten forrang dersom motsetningen til folkeretten ikke var bevisst og villet, og konflikten dermed må kunne sies å bero på en *ufullstendig* lovgivning.⁹¹ Som ved bruk av presumsjonsprinsippet, gjelder at en slik tilsidesettelse basert på antakelser om lovgiverviljen, først og fremst kan skje dersom det er snakk om sedvanerettslig folkerett, og må brukes med forsiktighet dersom folkeretten det er snakk om bare er kommet til uttrykk i mer spesielle traktater.⁹²

Den eneste forskjellen mellom regulær tilsidesettelse av regler som beskrevet nedenfor og en tilsidesettelse som beror på en antakelse om lovgivers vilje, er at det formodentlig bare for den siste tilsidesettelsens del er slik at man antar at lovgiver *på lovgivningstidspunktet* ikke ville ha motsatt seg tilsidesettelsen.

⁸⁹ At folkerettsstriden er ”klar” samtidig som den ikke er ”ønsket” av lovgiver, kan formodentlig bare forstås dersom man går ut i fra at denne lovgivers vilje ikke på noen som helst måte er kommet til uttrykk noe sted, dvs. ingen av den norske regelens rettskilder vitner om denne.

⁹⁰ Se pkt. 3.2

⁹¹ Smith (1982) s.138 og Helgesen (1982) s.91

⁹² Smith (1982) s.144

4.2 Folkerett som er gjennomført i norsk rett ved en intern rettsakt, i strid med annen norsk lovgivning

4.2.1 Generelt om gjennomførte folkerettsregler i norsk rett

Her er altså problemstillingen hvordan faktisk motstrid, altså konflikt som ikke lar seg bortfortolke, mellom på den ene siden norsk rett, jfr. pkt. 2.2, og folkerett som skissert i pkt. 2.1 skal løses.

Etter hva som er sagt tidligere om alle lands suverenitet og dualismen som den mest treffende betegnelse på Norges forhold til folkeretten, ikke bare som utgangspunkt, som er likt for alle land, men også som valgt (eller ikke bortvalgt) realitet på de fleste rettsområder, er det klart at det som hovedregel dermed blir nødvendig med *særskilte vedtak* for at de folkerettslige reglene skal kunne gjøres gjeldende og eventuelt sette til side norske regler de strider mot. Er de *ikke* gjennomført, gjelder jo forrangsprinsippet som den store hovedregel og som gjør at den norske regelen slår igjennom.⁹³

Som en grov hovedregel kan det sies at folkerett som *er* korrekt gjennomført⁹⁴ og altså gjort til norsk rett, får samme status i den norske rettskildelære som regelen gjennom hvilken den ble til norsk rett.⁹⁵ Kommer den i konflikt med andre norske regler, løses konflikten etter regulære prinsipper og regler som gjelder i norsk rettskildelære.

For eksempel så bestemmer det såkalte *lex-superior*-prinsippet i slike tilfeller av konflikt at regler på et høyere trinn i det norske regelhierarkiet går foren en bestemmelse på lavere trinn. Bestemmelser som uttrykt i Grunnloven, som er den høyeste norske orden, går således foran Stortingets lover, som ligger på et lavere plan, men høyere enn for eksempel forskrifter gitt av Kongen (Regjeringen). Er reglene som er i konflikt på samme trinnhøyde, men laget på forskjellige tidspunkt, følger det av *lex-posterior*-prinsippet at den nyeste loven må gå foran. *Lex-specialis*-prinsippet innebærer videre at den av to eller flere regler

⁹³ Jfr. pkt. 4.3.1

⁹⁴ I Eckhoffs bok er begrepsbruken noe annerledes enn i denne avhandlingen, "Transformert" betyr her "gjennomført" og sikter ikke (bare) til transformasjon i pkt. 4.2.4's forstand.

⁹⁵ Eckhoff (2001) s.310

av lik rang som er mest *spesiell*, eller minst generell, kommer til anvendelse.⁹⁶ Mye tyder på at det bare er lex-superior-prinsippet som er av *avgjørende* betydning, og at de to andre prinsippene bare er tolkningsmomenter som må ses i sammenheng med andre tolkningsmomenter som foreligger, og ikke selv nødvendigvis er utslagsgivende.⁹⁷ Foreligger motstrid mellom regler av samme rang, men der den *eldre* er mest *spesiell*, løses spørsmålet etter vanlige tolkningsprinsipper.⁹⁸ Knesettes den folkerettslige regel for eksempel gjennom lov, får regelen altså samme stilling og gjennomslagskraft som lover ellers.

Det kan imidlertid være fristende på dette punkt å gjøre bruk av Smiths tankegang om at statenes folkerettsforpliktelser *i seg selv* taler for å tolke den interne rett i samsvar med den aktuelle folkerett.⁹⁹ Altså kan det muligens ha noe for seg å gi forpliktende folkerett, som her altså er gjennomført folkerett, et aldri så lite fortrinn, dersom den kommer i motstrid med norske rett, nettopp fordi man på den måten unngår folkerettsbrudd. Argumentet kan endog tenkes å kunne tillegge folkerettsregelen utslagsgivende vekt hvis det ellers ikke foreligger noen holdepunkter for å velge den ene regel fremfor den andre.

For slike regler byr altså motstrid ikke på særskilte problemer. Imidlertid kan ulik tolkning føre til mer interessante problemstillinger, og dette vil særlig være relevant i forhold til for eksempel inkorporerte konvensjoner, jfr. 4.2.3.1.

På visse *viktige* områder har det imidlertid utviklet seg spesielle prinsipper for løsning av bestemte typer motstridstilfeller, som tar utgangspunkt i regelens innhold, og ikke dens opprinnelse. Disse må antakelig i utgangspunktet gjelde for alle regler av en gitt type, uansett om den opprinnelig er norsk eller folkerettslig. For eksempel er det antatt at dersom det oppstår en situasjon der man har to plikter, for eksempel plikt til å gi opplysning, og på den andre siden er bundet av taushetsplikt, går regelen som pålegger

⁹⁶ Fleischer (1998) s.201

⁹⁷ Eckhoff (2001) s.348

⁹⁸ Eckhoff (2001) s.362

⁹⁹ Se pkt. 3.1

taushetsplikt foran uansett hvilken rang den er av i forhold til den andre regelen, jfr. fvl. §13f (2).¹⁰⁰

Men dette er prinsipper som kommer til anvendelse bare i tilfeller av motstrid mellom regler for hvilke det *ikke* er bestemt noe *særskilt* om rang og vekt i forhold til norsk rett. Prinsippene kan ikke uten videre overføres til å gjelde også for motstrid mellom norsk rett og folkerett som *ikke* er gjennomført, eller folkerett som *er* gjennomført, men *med* egne spesialreguleringer om rang og vekt i forhold til annen norsk rett.

For hovedregelen behøver verken relevansen eller vekten klart å gå frem av den norske hjemmelen. Står det ingenting om det, er altså hovedregelen at den folkerettslige regel får samme trinnhøyde som gjennomføringsbestemmelsen.¹⁰¹ Allikevel kan det mer eller mindre tydelig gå frem av selve gjennomføringsregelen at det ikke var meningen å gi folkerettsregelen den trinnhøyde som gjennomføringsbestemmelsen skulle tilsi. Torstein Eckhoff mener at det bare er nødvendig å ta dette i betraktning dersom det fremgår *klart* av hjemmelen at vekten skulle være en annen.¹⁰²

Unntaket fra hovedregelen om at gjennomførte folkerettsregler får samme status som sin norske hjemmelsbestemmelse gjelder altså for de tilfeller der selve den regelen som gjennomfører den folkerettslige regel oppstiller et *unntak* nettopp med hensyn til den folkerettslige regels fremtidige stilling i norsk rett i tilfelle motstrid. Da må man naturlig nok finne løsningen for motstridsproblemet i selve gjennomføringsbestemmelsen.

Det finnes en rekke typisk benyttede gjennomføringsmetoder, altså ”standardmetoder” som kjennetegnes nettopp ved at de representerer særreguleringer om bestemmelsens stilling i norsk rett som avviker fra hovedregelen. Det er disse som nå skal gjennomgå med det mål for øyet å klarlegge innholdet og rekkevidden, herunder begrensninger, av disse typiske spesialreguleringene, basert på et utvalg av rettskilder, bl.a. juridisk teori, forarbeider og rettspraksis.

Selv om man kan ordne den enkelte gjennomføringsbestemmelsen inn under en av de ”klassiske” gjennomføringsmetodene som blir behandlet i det følgende, er det imidlertid ikke dermed sagt at forholdet til folkeretten er nøyaktig likt for de ulike lovene de er

¹⁰⁰ Eckhoff (2001) s.358

¹⁰¹ Helgesen (1982) s.82

¹⁰² Eckhoff (2001) s.310-311

kommet til uttrykk i. Til tross for at man ut i fra selve metoden nok kan slutte mye om folkerettens gjennomslagskraft overfor norsk rett ellers, må man være bevisst på at det ofte kan være nødvendig å vurdere motstridsspørsmålet enda noe grundigere i forhold til den enkelte bestemmelse man har foran seg, for å få et komplett bilde av hva gjennomføringsbestemmelsen for den *konkrete* bestemmelse mer presist innebærer. Altså kan det være snakk om individuelle nyanseforskjeller. Dette vil i noen grad bli forsøkt poengtert under gjennomgangen av noen kilder knyttet til konkrete bestemmelser som ellers faller inn under samme henvisningskategorier.

Det gjøres her en viktig forutsetning om at gjennomføringen har gått riktig for seg, og altså er korrekt. Dersom gjennomføringen lider av en mangel, eller er ufullstendig, reiser dette enkelte særskilte spørsmål som har betydning også for regelens gjennomslagskraft i norsk rett, men vil ikke bli tatt opp her.

4.2.2 Inkorporasjon - generell henvisning

Spørsmålet her er altså hvordan motstrid mellom norsk rett, og gjennomført folkerett, nærmere bestemt folkerett som det er henvist til i norsk lov, skal løses.

Enkelte norske lover inneholder en bestemmelse som sier at *loven gjelder med de begrensninger som følger av folkeretten*. Dette må betraktes som en spesialregulering, jfr. pkt. 4.2.1. slik at man ikke uten videre kan legge til grunn at folkeretten får samme status som gjennomføringsbestemmelsen, altså typisk lov.

Denne type spesialregulering blir som oftest formulert slik at det gjelder en reservasjon i forhold til folkeretten generelt, til det som måtte følge av overenskomst med fremmed stat, eller begge deler. Dette er den mest vidtrekkende form for inkorporasjon.¹⁰³

Selv om det ikke fremgår av selve gjennomføringsbestemmelsen, er det antatt at både sedvanerettslige folkerettsregler og bindende traktatregler som omfattes av slike reservasjoner.

Dette har for eksempel kommet til uttrykk i forarbeidene til tvl. §1-2, som kan kalles en klassisk generell henvisning, der det uttrykkelig er fastslått at paragrafen gjelder både i forhold til den alminnelige (sedvanebasert) folkerett og multilaterale og bilaterale konvensjoner (traktater, overenskomster, protokoller mv.).¹⁰⁴ Og det omfatter ikke bare folkerettsregler som eksisterte da den aktuelle lovbestemmelse ble gitt, men også folkerett som kommer til først senere.¹⁰⁵ Dette gjelder også ny sedvanerettsdannelse.¹⁰⁶

I lover der slike bestemmelser er inntatt, er det til en viss grad berettiget å snakke om delvis suverenitetsavgivelse, eller ”bortvelging” av den regulære effekten av dualismen, jfr. pkt. 2.5. Helgesen gir sågar fenomenet den temmelig dekkende betegnelsen ”del-monisme” eller ”sektormonisme”.¹⁰⁷

Utgangspunktet er riktignok dualistisk, i og med at reglene ikke ville ha gjeldt i slik utstrekning dersom nettopp norsk lov ikke bestemte det. Men så fort norsk lov har

¹⁰³ Ruud (2002) s.37

¹⁰⁴ Ot.prp.nr.51 (2004-2005) s.363

¹⁰⁵ Morten Ruud (2002) s.37

¹⁰⁶ NOU 2001:32 A s.181

¹⁰⁷ Helgesen (1982) s.53

bestemt det, gjelder i prinsippet et antall regler som det i hvert fall i ytterkantene er umulig å skaffe seg komplett oversikt over.

Dessuten vil etter hvert nye regler komme til å gjelde, og som man på gjennomføringstidspunktet heller ikke med sikkerhet kunne forutse.

Disse to *usikkerhetsmomentene*, hva gjelder rekkevidden av regelens nåværende og fremtidige nedslagsfelt i forhold til folkeretten, er det som på mange måter gir gjennomføringsregelen dens preg av monismelignende ordning.

Det som imidlertid skiller slike generelle henvisninger fra den ”virkelige” monismen, er at de generelle henvisningene gjelder i forhold til *et saklig begrenset område*, det være seg strafferett, straffeprosess eller noe helt annet, nærmere bestemt til området den norske loven med den generelle henvisning dekker. Denne begrensningen gjelder i to retninger – for det første er det bare folkerett som regulerer det samme som loven, som altså har samme anvendelsesområde som loven selv, som skal tas i betraktning. For det andre er det bare den ene loven og dens bestemmelser som i kraft av gjennomføringsbestemmelsen kan settes til side av de anvendelige folkerettsregler.

Monismen i dens rene form setter ingen slik begrensning og omfatter i utgangspunktet alle tenkelige rettsområder innenfor nasjonal rett.

4.2.2.1 Løsning av motstrid for typetilfellet

For å nærme oss et svar på spørsmålet om hvordan motstrid mellom norsk rett og folkerett som gjøres gjeldende via en generell henvisning skal løses, kan man ta utgangspunkt i selve henvisningens ordlyd. Standardformuleringen er ”Loven gjelder med de begrensninger som er anerkjent i folkeretten eller følger av overenskomst med fremmed stat” eller i all hovedsak tilsvarende variasjoner av dette.¹⁰⁸

”Begrensninger” tyder etter en naturlig språklig forståelse på at det legges opp til at folkeretten i visse tilfeller skal kunne enten sette til side norsk rett, eller i større eller mindre utstrekning beskjære den.

Men i forarbeidene til den nye tvisteloven er det antatt at bruken bare av ”begrensninger” ikke er helt treffende da det forutsettes at de aktuelle norske lover også skal *suppleres* av folkeretten.¹⁰⁹

Imidlertid sies noe annet i den nyeste lovkommentaren knyttet til tvangsfullbyrdsloven. Der går det resolutt frem at denne generelle henvisningens formål kun er å *begrense* anvendelsesområdet for tvangsfullbyrdsloven.¹¹⁰

Men det siste behøver ikke være uttrykk for en prinsipiell uenighet til uttalelsen i forarbeidene til tvisteloven – tvangsfullbyrdsloven er jo i all hovedsak en samling av hjemler for *inngrep* i borgernes rettssfære, mens tvistelovens regler er mer nyanserte og regulerer ikke bare adgangen for inngrep. Dermed er det nok alene legalitetsprinsippet som hindrer at den generelle henvisningen inntatt i tvangsfullbyrdsloven også kan åpne for suppleringer. Legalitetsprinsippet gjelder i utgangspunktet for begge lovene, men i og med at tvangsfullbyrdsloven er av en slik natur at den gjennomgående befatter seg med *inngrep*, vil legalitetsprinsippet gjøre seg gjeldende for den komplette loven, og dermed også stenge for at den generelle henvisning her kan omfatte suppleringer.

Man kan derfor fortsatt hevde at formuleringen om at ”begrensninger” generelt også omfatter suppleringer, men med reservasjon for bestemmelser som innebærer inngrep.

¹⁰⁸ Se for eksempel strl. §2, strprl. §4, tvangsl. §1-4, tvl. §1-2

¹⁰⁹ Schei (2007) s.27, og også NOU 2001:32 A s.130 og Hov (1999) s.48-49

¹¹⁰ Falkanger (2008) s.71

Den typiske generelle henvisningen benytter seg av en *gyldighetsterminologi*; i den grad folkerettens regler foreskriver noe annet en de norske bestemmelsene, er de norske bestemmelsene altså ikke gyldige, jfr. ordlyden ”Loven *gjelder* med de begrensninger som (...)” I den grad norsk rett altså ikke fullt ut samsvarer med folkeretten, blir de norske bestemmelsene etter ordlyden nærmest å regne for ugyldige, og det er et kraftig indisium på at de følgelig må *vike* for de folkerettslige reglene.

I teorien er det i tråd med den naturlige forståelsen av ordlyden blitt hevdet at det bak generelle henvisninger *generelt* ligger at de folkerettslige reglene må gis forrang¹¹¹, men også mer avgrenset, for eksempel i forhold til tvangsregler¹¹² eller norske prosessregler.¹¹³

I forarbeidet til tvangsl. §1-4 som er likelydende med bl.a. tvml §36a, står det nokså bestemt

”Som en hovedregel har det vært hevdet at folkeretten står tilbake for norske regler i tilfelle motstrid. §1-4 snur imidlertid dette prinsippet på hodet i forbindelse med tvangsfullbyrdingsloven; folkerettslige regler går i tilfelle motstrid foran lovens bestemmelser.”¹¹⁴

Denne forståelsen av bestemmelsen er også kommet til uttrykk i en kjennelse fra lagmannsretten i 2003 der den om tvangsl. §1-4 bemerker ”Det fremgår av bestemmelsen, og dette er også fastslått i rettspraksis, at i tilfelle av motstrid går folkeretten foran reglene i tvangsfullbyrdsloven.”¹¹⁵

I forarbeidene til den generelle henvisningen i straffeprosessloven, sies det at bestemmelsen er en såkalt sektormonismebestemmelse i likhet med strl. §1 (2), tvml. §36a og tvangsl. §1-4.¹¹⁶

Fleischer påpeker også for den generelle henvisning uttrykt i *straffeloven*, at henvisningen fører til at både konkrete traktater Norge er bundet av og den alminnelige

¹¹¹ Ravlo-Losvik (1997) s.197-198

¹¹² Se f.eks. Lødrup (2005) note 25 og Falkanger (2008) s.68

¹¹³ Hov (1999) s.48

¹¹⁴ Ot.prp.nr 65 (1990-1991) s.75

¹¹⁵ LH-2003-638 (3. avsnitt i lagmannsrettens bemerkning)

¹¹⁶ Lødrup (2005) note 24

folkerett går *foran* det som isolert sett ellers skulle følge av straffelovens øvrige bestemmelser.¹¹⁷

Et nyere eksempel fra *rettspraksis* som kan tas til inntekt for at en slik regel må gjelde i forhold til tvistemållovens¹¹⁸ generelle henvisning, er inntatt i Rt. 2004 s.402. Denne saken dreiet seg om en arbeidstaker som gikk til sak mot arbeidsgiveren, en utenlandsk ambassade i Oslo, i forbindelse med at han nylig var blitt avskjediget. Søksmålet ble i første omgang avvist av Oslo Tingrett, og senere tatt opp av Høyesteretts kjæremålsutvalg. Problemstillingen var om den tidligere arbeidstaker i det hele tatt kunne gå til sak mot ambassaden for norske domstoler.

Arbeidstakeren viste til tvml §25 som foreskriver at søksmål om en kontraktsforpliktelse skal reises der forpliktelsen er oppfylt eller kan kreves oppfylt. Høyesteretts kjæremålsutvalg pekte imidlertid på tvml. §36a hvoretter tvistemålsloven, dermed også den påberopte bestemmelsen, gjelder med de begrensninger som følger av folkeretten. Spørsmålet om det overhodet kunne reises slik sak mot ambassaden måtte avgjøres ut i fra gjeldende folkerettsregler i den grad den gjorde begrensninger på den norske loven. Dermed ble søksmålet igjen nektet fremmet ettersom folkerettens regler om immunitet nettopp medførte begrensning på den norske loven.¹¹⁹

Isolert sett skulle den norske regelen, tvml. §25, altså tillate søksmål av den aktuelle typen i Oslo, og altså for norske domstoler. Imidlertid foreskrev de folkerettslige regler noe annet, og dette ble avgjørende etter den generelle henvisningen i tvml. §36a.

Teorien, forarbeider og praksis viser nokså entydig at hovedregelen må være at generelle henvisninger innebærer at folkeretten gis forrang i motstridstilfeller. Unntak kan tenkes først og fremst der et eller begge av to vilkår ikke er oppfylt.

For det første er det klart at folkeretten må falle inn under den norske lovs virkeområde.

Poenget kan illustreres med et eksempel: Tillater den norske loven som inneholder en generell henvisning til folkeretten, for eksempel gjøremål A og B, mens folkeretten setter et strengt forbud mot aktivitet C, som i en *annen* norsk lov er gjort tillatt, men som

¹¹⁷ Fleischer (2005) s.362

¹¹⁸ Dermed også tvistelovens.

¹¹⁹ Rt. 2004 s.402 (pkt. 17)

selv ikke inneholder noen generell henvisning til folkeretten, kan forbudet mot C ikke kreves gjennomført i norsk rett i medhold av noen generell henvisning. Tillatheten av C er naturligvis fortsatt like folkerettstridig, men problemet kan ikke løses på grunnlag av en generell folkestridsreservasjon.

For det andre må folkeretten ikke komme i strid med legalitetsprinsippet. Dette medfører, som beskrevet i pkt. 3.2 for presumsjonsprinsippet at *innngrep* overfor den enkelte må ha hjemmel i formell norsk lov. Legalitetsprinsippet gjelder generelt i norsk rett, og må derfor innebære at folkerettslige regler som samtidig ikke er uttrykt i formell norsk lov, *ikke* kan tilsidesette norsk rett dersom dette vil innebære en *forverring* av den enkeltes rettslige stilling. Den generelle henvisningen er med andre ord ikke en slik hjemmel i lov som kreves etter legalitetsprinsippet.¹²⁰

I et forarbeid til straffelovens §2 sies det i tråd med dette at det bare kan gjøres innskrenkninger i lovbryterens favør, jf « med de begrensninger ». Dette er således et klart uttrykk for det nettopp sagte om legalitetsprinsippet.¹²¹

Et tredje vilkår som kan tenkes å måtte være oppfylt for at hovedregelen skal komme til anvendelse, gjelder folkerettens klarhet. Høyesterett uttalte i den såkalte Bølgepappsaken, Rt. 1994. s.610 at det var et vilkår for at den folkerettslige regler i sin alminnelighet, i medhold av strpl. §4, skulle trenge en norsk prosessregel til side, at den folkerettslige regel måtte være tilstrekkelig *klar* og *entydig*.¹²² Men dette kravet er i den senere tid av Høyesterett blitt temmelig modifisert i retning av at et slikt klarhetskrav ikke kan oppstilles.¹²³

I forarbeidet til den nye tvisteloven sies det i tråd med den nyere tids tendenser at det heller ikke der løsningen etter folkeretten er usikker, er forenlig med

¹²⁰ Falkanger (2008) s.71

¹²¹ Ot.prp.nr. 90 (2003-2004) s.397

¹²² Rt. 1994 s. 610 (s. 616-617)

¹²³ Se særlig Rt. 2000 s. 996 (s. 1007). Det er imidlertid begrenset hvor stor overføringsverdi distanseringen til klarhetskravet har til folkerett generelt (som altså ikke gjelder menneskerettigheter) da denne dommen bygger på Rt. 1999 s. 50 og i likhet med denne videreutvikler problemstillingen bare i forhold til EMK, altså menneskerettigheter, som som nevnt allerede i pkt. 1.3 er i en særstilling nettopp på den måten at disse ser ut til å ha større gjennomslagskraft i forhold til norsk rett enn annen type folkerett. Dette gjelder særlig ettersom begge dommene er kommet til *etter* at forrangsbestemmelsen i mnskrl. ble innført.

folkerettsreservasjonens formål å sensurere den folkerettslige regelen gjennom å stille noen spesielle krav til presisjon eller klarhet.¹²⁴

Selv om man langt på vei ut i fra det fremsatte rettskildebildet kan konkludere med at generelle henvisninger i norske lover som den store hovedregel fordrer at folkerettslige regler gis forrang i tilfelle de kommer i motstrid med de relevante norske lovene, folkerettsreglene er relevante og legalitetsprinsippet ikke er til hinder for det, kan det enda ikke oppstilles som en helt sikker regel uten unntak. Spørsmålet om hvor stor gjennomslagskraft folkeretten har i medhold av generelle prinsipper, byr fortsatt på tvil, og i stedet for å oppstille skråsikre regler bør man ofte foreta en konkret tilnærming til hver bestemmelse basert på dens rettskilder,¹²⁵ der særlig ny Høyesterettspraksis forhåpentligvis vil føre til mer klarhet omkring spørsmålene.

¹²⁴ NOU 2001:32 A s. 181. Denne uttalelsen relaterer seg sett ut i fra konteksten (bl.a. avsnittet foran) til folkeretten generelt, og ikke til menneskerettigheter spesielt.

¹²⁵ Haider (2004) s.499

4.2.3 Inkorporasjon – spesiell henvisning

Henvisningen til folkeretten trenger ikke være så omfattende som den generelle henvisningen, den kan godt være avgrenset i forhold til eksempelvis en eller noen utvalgte konvensjoner. Dette innebærer at de norske domstolene kan ta utgangspunkt direkte i konvensjonsteksten, slik den foreligger på en eller flere av de offisielle konvensjonsspråkene, og kan gi borgere plikter og rettigheter direkte. Dette skiller seg fra transformasjon, som blir tatt opp i pkt. 4.2.4 ved at det ved transformasjon på norsk bare gjengis, mer eller mindre i tråd med konvensjonsteksten, hva som følger av en konvensjon, og denne norske teksten blir da gjeldende som norsk lov, ikke selve konvensjonen, den blir bare å anse som en tolkningsfaktor.¹²⁶

Dette må også holdes atskilt fra tilfelle der Norge bare inngår en traktat, uten samtidig å gjøre den til norsk lov. Det siste er *ikke* en inkorporasjon, og tilfellet hører til punktet 4.3 som omhandler folkerett som ikke er gjennomført i norsk rett gjennom en intern rettsakt, mer presist pkt. 4.3.2.

4.2.3.1 Løsning av motstrid for typetilfellet og håndtering av tolkningssprik

Som regel vil denne type henvisninger gjøre den aktuelle konvensjon til *norsk lov* og utover det ikke si noe *særskilt* om konvensjonens stilling i norsk rett. Dermed vil selve gjennomføringsbestemmelsen gjøre de norske prinsippene for løsning av motstrid som generelt gjelder for norske lover anvendelige også i forhold til konvensjonen.¹²⁷ I det ligger altså løsningen på eventuelle motstridsspørsmål er av typen som forklart i pkt. 2.3.

Et eksempel på en henvisning til en bestemt konvensjon, finner vi i *luganoloven*. I første ledd til §1 står det at *luganokonvensjonen* med protokoller skal gjelde som lov.¹²⁸ Slik vil for eksempel de generelle reglene i tvistemålsloven bli satt til side av de mer

¹²⁶ Ot.prp.nr 3 (1998-1999) s.21

¹²⁷ Se pkt. 4.2.1

¹²⁸ LOV-1993-01-08-21

spesielle reglene i Luganokonvensjonen, etter de vanlige reglene, nærmere bestemt *lex specialis*-prinsippet.¹²⁹

Som påpekt av Smith, taler imidlertid selve det at det er inngått en folkerettslig forpliktelse for å velge den løsningen som stemmer med folkeretten, særlig dersom valgalternativene ellers er noenlunde jevnbyrdige¹³⁰. Et eksempel på at dette hensynet har vært tillagt avgjørende vekt i nyere praksis, gir Rt. 2007 s.1759 der Høyesteretts kjæremålsutvalgt i forbindelse med spørsmålet om en regel som fremgår av luganokonvensjonen, som altså er inkorporert i norsk rett, og som strider mot en tilsiktet innhold i norsk lov, uttaler

”Utvalget antar at Luganokonvensjonens regler må gis forrang. Konvensjonen gjelder som nevnt som norsk lov. Utslagsgivende må etter utvalgets oppfatning være at Norge etter konvensjonen har en folkerettslig forpliktelse til å gi avgjørelsen samme rettsvirkning i Norge som den har i opprinnelseslandet, og dette gjelder selv om en annen løsning måtte følge av norsk intern rett”.¹³¹

Kjæremålsutvalget støtter sitt synspunkt på utenlandsk¹³² teori fra 1989, og uttrykker seg vel ikke i de mest overbevisende vendinger, jfr. bruk av ”antar”. Når det gjelder uttalelsens prejudikatsverdi, er dette forhold som må tas i betraktning.

Poenget med inkorporering av slike konvensjoner er som oftest at det på grunnlag av konvensjonen skal råde en viss rettsenhet statene imellom på det området som konvensjonen dekker. Ofte, men ikke nødvendigvis alltid, er det opprettet en særegen domstol som ved siden av de nasjonale har myndighet til å dømme etter konvensjonen, gjerne i siste instans.

Et vel så interessant spørsmål som spørsmålet om hvordan motstrid skal løses, er derfor spørsmålet om hvordan sprikende rettspraksis eller tolkning av konvensjonen statene imellom, eller mellom for eksempel den norske domstol og særdomstolen, skal håndteres.

Spørsmålet for avvikende nasjonale fortolkninger av konvensjoner blir altså i hvor stor grad norske domstoler kan eller må rette seg etter internasjonale fortolkninger, med andre ord hvilken *tolkning* som skal gis forrang.

¹²⁹ NOU 2001:32 B s.899

¹³⁰ Se pkt. 4.2.1

¹³¹ Rt. 2007 s. 1759 (pkt. 53)

¹³² Se pkt. 2.6

Generelt kan det sies at det at en konvensjon inkorporeres innebærer nettopp at det fastsettes i lov at den aktuelle konvensjon skal gjelde direkte i norsk rett. Konvensjonen blir da norsk lov i sin autentiske språkdrakt og skal fortolkes under hensyn til sin internasjonale opprinnelse.¹³³

Luganokonvensjonen kan tjene som konkret eksempel. Den er utferdiget på en rekke språk som alle er autentiske, deriblant også på norsk. Det dreier seg folkerettslig allikevel bare om *én* konvensjon.¹³⁴

Når det gjelder selve *tolkingen*, er det i dens protokoll 2 uttalt at statene skal ta tilbørlig hensyn til hverandres og EF-domstolens tolkninger av konvensjonen. Dette må selvsagt også gjelde for Norge.¹³⁵

I tilknytning til at noen sentrale menneskerettighetskonvensjoner ble gjort til norsk lov gjennom inkorporasjon, er det i forarbeidene sagt noe om rettskildevirkningen av ikke-bindende fortolkninger avgitt av tilsynsorganer eller domstoler.¹³⁶ Blant annet argumenteres det for at dersom slike fortolkninger kan sendes videre til bekreftelse eller avkreftelse i et enda høyere organ, og staten ikke benytter seg av den muligheten, må staten legge til grunn den aktuelle fortolkningen. Videre, når det gjelder avgjørelser rettet spesielt mot en konvensjonsstat, forutsettes denne praksis fulgt, ettersom nettopp praksis er det som gir konkret innhold til konvensjonenes nokså generelle normer. Slik praksis vil altså vanligvis være av betydelig vekt.¹³⁷

Som et siste argument som også taler for å tillegge internasjonal konvensjonspraksis betydelig, om ikke nødvendigvis også avgjørende vekt, er selve det forholdet at Norge har valgt inkorporasjon som gjennomføringsmåte. Det ligger så å si i inkorporasjonsaktens "natur" at man ikke bare ønsker å gjøre gjeldende visse regler; om bare *det* var ønskemålet, kunne norske lovgivningsmyndigheter ganske enkelt ha utformet

¹³³ Ot.prp.nr. 3 (1998-1999) s.21

¹³⁴ Mitsem (1994) s.39-40

¹³⁵ NOU 1999:19 pkt. 5.2.1

¹³⁶ Denne uttalelsen er fra 1993, og vil således ikke være farget av forrangsbestemmelsen inntatt i mnskr. § 3 som kom først i 1999, og som gir menneskerettighetene, dermed også de aktuelle konvensjonene, en noe spesiell stilling i norsk rett, muligens også for tolkningsspørsmålet. Uttalelsen kan dermed tjene som et bidrag til betraktninger om inkorporerte konvensjoner *generelt*. Allikevel har menneskerettighetene i langt tid før 1999 vært gitt en spesiell stilling, som gjør at det allikevel bør utvises en viss moderasjon i fastleggelsen av uttalelsens overføringsverdi til andre områder.

¹³⁷ NOU 1993:18 s.88

sine egne lover med et innhold som gjenspeilet konvensjonens. Med inkorporasjon av konvensjonen ønsker man jo nettopp noe mer enn dette – og dette noe kan rimeligvis være nettopp å være del av og støtte opp om en internasjonal rettsenhet på det aktuelle området. En forutsetning for at slik rettsenhet skal realiseres er at konvensjonsstatene sammen utvikler felles tolkninger av konvensjonen, hvilket ofte nettopp vil innebære at den enkelte stat lar strømminger fra utlandet legge føringer på egne tolkninger.

Allikevel kan det ikke oppstilles noe krav om at enhver stat til enhver tid uten videre retter seg etter internasjonale tolkninger uansett kvaliteten til disse. Den rettskildemessige vekten av den internasjonale avgjørelsen bør altså avpasses sett hen til avgjørelsens verdi i vid forstand, bl.a. vurdert ut fra sammensetningen av det aktuelle organ eller domstol, om dets tolkning er uttrykk for en festnet oppfatning som med sannsynlighet vil bli lagt til grunn også i fremtiden, og om denne har fått bred aksept.¹³⁸

Det lar seg altså mest sannsynlig ikke gjøre å slå fast noen allmenngyldig regel om at konvensjonsorganers tolkning av en konvensjon *må* gis forrang dersom de er i strid med for eksempel en norsk fortolkning, selv om det for viktige konvensjoner er oppstilt regler som presiserer tolkningenes betydelige vekt også i nasjonal sammenheng. Men det er klart at organenes avgjørelser eller uttalelser normalt vil være rettskildefaktorer av betydelig vekt ved tolkningen av konvensjonene når tolkningen foretas av de norske myndighetene.¹³⁹

Et prinsipielt noe annerledes spørsmål kan oppstå dersom konvensjonen er tilgjengelig i flere offisielle språkdrakter, dersom disse *nødvendigvis* må forstås på ulik måte fordi ord eller uttrykk i konvensjonstekstene er galt oversatt i forhold til hverandre. Det siste er i teorien blitt kalt *aberrasjoner*.¹⁴⁰ For aberrasjonene er det mer et spørsmål om hvilket av de *uttrykk* konvensjonen har fått som skal gis forrang dersom det norske avviker fra noen av de andre som er relevante.

For dette spørsmålets vedkommende er det viktig å være klar over at henvisningen til konvensjonen i den norske lov ikke bare gjennomfører den norske originalen, men også konvensjonen slik den er kommet til uttrykk i de andre autentiske språkdraktene.

¹³⁸ NOU 1993:18 s.88

¹³⁹ NOU 1993:18 s.89

¹⁴⁰ Mitsem (1994) s.39

Dette leder til at dersom det foreligger et noe avvikende uttrykk for deler av konvensjonen i konvensjonen på norsk, er dette ikke avgjørende dersom det i forhold til de andre originalene fremstår som en ufullkommenhet.

Det er i slike tilfeller slik at man først og fremst skal basere seg på konvensjonen slik den er kommet til uttrykk i de versjoner som har vært gjenstand for forhandlinger mellom statene.¹⁴¹ Problemet løses altså ved å sette den norske teksten på det gjeldende punkt til side, hvis konvensjonene som har kommet til uttrykk i forhandlingsversjonene uttrykker noe annet enn den norske teksten.¹⁴² Det er grunn til å anta dette gjelder for konvensjoner generelt, og ikke er prinsipper som gjelder spesielt for Luganokonvensjonen.¹⁴³

FNs Traktatkonvensjon fra 1969¹⁴⁴ gir regler for det tilfelle at det oppstår en tolkningsforskjell ved sammenlikning av flere autentiske tekster, altså tilfelle av aberrasjon. Dersom meningsforskjellen ikke kan løses ved hjelp av Traktatrettskonvensjonens tolkningsprinsipper, skal en etter konvensjonen legge til grunn den mening som best forligner tekstene, under hensyn til traktatens gjenstand og formål, art 33 (4).¹⁴⁵ Konvensjonen er ikke ratifisert av Norge, men det er antatt at disse prinsippene i det vesentlige kodifiserer gjeldende ulovfestet folkerett, og derfor er bindende også for Norge.¹⁴⁶

Mye trekker altså i retning av at det i tilfeller av oppståtte aberrasjoner, skal forsøkes å komme til en fellessoppfatning om innholdet, og for det formålet ofte er nødvendig at for eksempel forståelsen av norske originalversjoner tilpasses forhandlingsversjonene.

¹⁴¹ Mitsem (1994) s.41 og Ruud (2002) s.71

¹⁴² Mitsem (1994) s.42

¹⁴³ Mitsem (1994) s.39

¹⁴⁴ Også kjent som Wienkonvensjonen om traktatretten.

¹⁴⁵ Rognlien (1993) s.103

¹⁴⁶ <http://www.regjeringen.no/nb/dep/fin/dok/NOUer/2003/NOU-2003-7/10/1/3.html?id=369603>

4.2.4 Transformasjon

Gjengivelsesmetoden er spesielt velegnet for konvensjoner som tar sikte på å stille opp uniforme regler på privatrettslige områder. Den aktuelle konvensjonens materielle bestemmelser *gjengis* da i norsk lov, men på norsk språk. I noen tilfeller fremstår gjengivelsen nærmest som en ordrett oversettelse, mens det i andre tilfeller kan være at meningsinnholdet er overført litt friere fra originalteksten, slik at den i norsk versjon fremstår som noe bearbeidet. Man velger den bundne oversettelsesformen der rettslikhet i de enkelte land anses som svært viktig.¹⁴⁷ Allikevel vil *inkorporasjonsmetoden*¹⁴⁸ være enda bedre egnet for oppnåelse av internasjonal rettsenhet, ettersom selve *konvensjonsteksten* da gjøres til landenes felles rettskilde.

Passiv transformasjon er det dersom man simpelthen konstaterer rettsharmoni, ved at Norge allerede har oppfylt sine forpliktelser sett i forhold til en ny konvensjon som skal ratifiseres, eller at Norge for eksempel fjerner regler som strider imot slike, og så går i gang med å ratifisere. Dette gir imidlertid ikke opphav til motstrid, så langt harmonien faktisk rekker. Dersom det foreligger tolkningsmuligheter som allikevel kan føre bestemmelsene i en viss disharmoni, kan ikke dette løses ved typiske motstridsregler, men eventuelt ved bruk av presumsjonsprinsippet.

¹⁴⁷ Morten Ruud (2002) s.36

¹⁴⁸ Se pkt. 4.2.2 og 4.2.3

4.2.4.1 Løsning av motstrid for typetilfellet

Som for den spesielle inkorporasjonen, så gjelder også for transformerte folkerettsregler at de får samme trinnhøyde som transformasjonshjemmelen¹⁴⁹ og ellers inngår i det norske normhierarkiet og er underlagt norske prinsipper for løsning av motstrid.

Potensialet for motstrid i forhold til oversatte bestemmelser, er størst dersom tolkningen av den oversatte teksten ikke stemmer overens med tolkningsresultatet som følger av originaldokumentet

Det er i dansk teori blitt hevdet at dersom en slik situasjon skulle oppstå, og den nasjonale fortolkningen fører til et resultat som ikke kunne utledes gjennom tolkning av den bakenforliggende traktat, vil landet som har oversatt bestemmelsene ved å rette seg etter sin avvikende tolkning bryte sin traktatrettslige forpliktelse. Som en konsekvens av det er det hevdet at det foreligger en folkerettslig forpliktelse til å fortolke den oversatte lov i overensstemmelse med den folkerettsregelen som begrunnet omskrivningsloven.¹⁵⁰

Selv om altså det for de norske rettssubjektene altså er den norske bestemmelsen som er rettsgrunnlaget for eventuelle rettigheter og plikter, følger folkeretten med som ”nissen på lasset”, den norske regelen må fortolkes i samsvar med den folkerettslige, som fungerer som et forarbeid. Formålet med overføringen av bestemmelsen inn i norsk rett, vil også som ellers være et viktig fortolkningsmoment, og formålet er jo som regel å overføre den folkerettslige regel, ikke bare å skape en ny som bare til dels ligner.¹⁵¹

¹⁴⁹ Helgesen (1982) s.82

¹⁵⁰ Spiermann (2004) s.159

¹⁵¹ Fleischer (1998) s.517

4.3 Folkerett som ikke er gjennomført i norsk rett ved en intern rettsakt, i strid med annen norsk lovgivning

4.3.1 Generelt om folkerett som ikke er gjennomført i norsk rett

Dette punktet vil på samme måte som pkt. 4.2.1 omhandle tilfeller der norsk rett strider mot folkeretten, og der denne motstriden ikke kan løses ved tolkning, altså der presumsjonsprinsippet er uanvendelig. Motstriden vil derfor i tillegg til å være *utvetydig*, være *tilsiktet* ¹⁵². Forskjellen ligger imidlertid i at folkeretten denne gang ikke er gjennomført.

Det vi har foran oss, er altså klar motstrid jfr. pkt. 2.3, mellom, på den ene siden, folkerett som ikke er gjennomført i norsk rett, og norsk rett på den annen.

Som nevnt brukes både suverenitetsbetraktninger og dualisme som begrunnelse for at folkeretten ikke *gjelder* uten videre i Norge.

Dersom folkeretten ikke *gjelder*, betyr dette naturligvis at den langt mindre kan *sette til side* norsk rett i tilfelle motstrid med denne. I dette ligger naturlig nok at det som hovedregel i hvert fall er slik at bare norsk rett får anvendelse i tilfelle den strider mot folkerett som ikke er gjennomført i norsk rett. Andenæs uttrykker rettsstillingen slik ”Dersom en norsk lov strider mot folkeretten, må den likevel legges til grunn av de norske domstoler.”. ¹⁵³

En norsk domstol må følgelig som utgangspunkt gi den norske regel forrang, i tilfelle den skulle komme til å kollidere med en folkerettsregel som ikke er opptatt i norsk rett. ¹⁵⁴

¹⁵² Jfr. pkt. 3.1. om presumsjonsprinsippet rekkevidde.

¹⁵³ Helgesen (1982) s.33

¹⁵⁴ Fleischer (2005) s.359

Av Finanger-saken¹⁵⁵, Rt. 2000 s.1811 fremgår klart hovedregelen om norsk retts forrang i tilfelle motstrid. En passasjer ble nektet erstatning på grunnlag av bilansvarslovens §7 etter at han hadde kommet utfor en skade under en kjøretur med fører som han visste var beruset. Dette var i følge en rådgivende uttalelse EFTA-domstolen hadde kommet med for den aktuelle sak, i strid med EØS-retten¹⁵⁶. Et samlet Høyesterett anvendte allikevel bilansvarslovens bestemmelse, da det var en *lovgiversak* å tilpasse den norske loven til EØS-retten.¹⁵⁷

Synspunktet er også bekreftet i nyere rettspraksis, og Høyesterett har uttalt ”Jeg viser til at Norge ved motstrid mellom norsk rett og folkeretten som hovedregel bygger på det dualistiske prinsippet som innebærer at norsk rett går foran folkeretten.”¹⁵⁸ At det her opereres med begrepet ”norsk rett” som en motsetning til ”folkeretten” gjør det nærliggende i denne sammenheng å tolke begrepet norsk rett som en størrelse som omfatter folkerett som *er* gjennomført i norsk rett. Det vil dermed innebære at ”folkerett” i dommen brukes nettopp om *ikke-gjennomført* folkerett.

De neste punktene vil nærmere behandle hvordan hovedregelen kommer til anvendelse på traktater og sedvane, og presentere eventuelle modifikasjoner og unntak.

¹⁵⁵ Se avgrensningen i pkt. 1.3 i forhold til EØS-spesifikke spørsmål. Poenget som forsøkes fremstilt i nærværende sammenheng er generelt om forholdet mellom folkerett og norsk rett. At det i denne sammenheng står mellom norsk rett og mer konkret EØS-retten har ingen betydning for gyldigheten av det konkrete poenget, det er for poengets del nærmest å regne for en betydningsløs tilfeldighet.

¹⁵⁶ Det er bare myndighetsutøvelse som blir anvendt direkte overfor borgerne, av fellesskapets organer som har fått overført til seg statenes myndighet, som faller utenfor folkerettsbegrepet, jfr. pkt. 1.3. Den type ekstern rett som er aktuell i Finanger-saken omfattes dermed av definisjonen av folkerett.

¹⁵⁷ Ruud (2002) s.35

¹⁵⁸ Rt. 2007 s.234 (pkt. 54)

4.3.2 Forpliktelser staten har inngått (traktater)

For det tilfelle at Norge inngår en traktat med en annen stat hvoretter det fastsettes felles løsninger på rettslige problemer, reiser det seg spørsmål om løsningene i enkelte tilfeller kan legges til grunn av norske domstoler, selv om de strider mot norsk rett.

Fleischer mener at det først må utferdiges en lov som oppfyller traktatens krav. I motsatt fall, argumenterer han, ville regjeringen kunne gi bindende lover for landet ved å inngå slike traktater.¹⁵⁹

Carsten og Lucy Smith mener man må se hen til hvilke internrettslige konsekvenser en anvendelse av folkeretten ville ha, og at jo større avvik fra den ellers gjeldende nasjonale regel bruken av de folkerettslige regler ville innebære, jo færre typer folkerett vil være aktuell.¹⁶⁰ Motstrid, som altså ikke lar seg løse gjennom tolkning, vil jo nettopp representere det største tenkelige avvik fra den ellers gjeldende nasjonale regelen. Slik må Smiths' synspunkt kunne sies å falle sammen med Fleischers uttalelse, og sammen med hans avtegne hovedsynspunktet knyttet til problemstillingen slik det kommer frem i teorien. Norsk rett må altså få forrang.

At det må være slik, er kommet til uttrykk i rettspraksis. Den ene av partene i en rettssak, inntatt i Rt. 1957 s.942, forsøkte for eksempel å sette den norske *loven* (lov om fiendegods av 22. mars 1946) som foreskrev at all fiendegods skulle inndras til fordel for den norske stat, også det som var eid av uskyldige sivile, til side på grunnlag av folkerettslige regler, deriblant en *traktat* Norge hadde ratifisert, uten at domstolen sa seg enig i en slik tankemåte. Traktaten kunne altså ikke slå igjennom overfor norsk lov.¹⁶¹

Den såkalte OFS-dommen, tatt inn i Rt. 1997 s. 580, bekrefter dette prinsipielle standpunkt. Høyesterett holdt seg til et streikeforbud i Nordsjøen, uttrykt i norsk lov, til tross for påstander om at dette stred mot Norges internasjonale forpliktelser.¹⁶²

I dommen uttaler flertallet bl.a.

¹⁵⁹ Fleischer (2005) s.361

¹⁶⁰ Smith (1982) s.153

¹⁶¹ Fleischer (2005) s.359

¹⁶² Fleischer (2005) s.359

Her¹⁶³ sies at folkerett får internrettslig virkning dersom den gjennomføres, eller dersom ikke, at presumsjonsprinsippet kan gjøre folkeretten anvendelig. Men er dette *ikke* tilfelle, slik det ikke er nå som vi snakker om ikke-gjennomført folkerett som er i klar motstrid med norsk rett, må altså den interne rett i utgangspunktet gå foran.¹⁶⁴

Regjeringen skal ikke ratifisere en traktat før de nødvendige lovendringer er gjennomført, og det er som hovedregel også slik det faktisk foregår, slik at konflikt unngås. Men konflikt kan tenkes dersom en norsk lov kommer *senere* og strider med traktaten. Da må også denne loven som hovedregel gå foran den eldre traktaten.¹⁶⁵

¹⁶³ Rt. 1997 s. 580 (593)

¹⁶⁴ Dette er en konsekvens av det som er sagt om dualisme som det mest dekkende bildet på forholdet mellom norsk rett og folkeretten jfr. pkt. 2.5

¹⁶⁵ Fleischer (2005) s.359-360

4.3.3 Folkerettslig sedvane

Dette punktet er som tidligere nevnt reservert for de tilfeller der motstriden *ikke* lar seg løse gjennom tolkningsteknikker, for eksempel ved bruk av presumsjonsprinsippet, jfr. pkt. 3, og motstriden dermed er klar og tilsiktet. Her gjelder altså at norsk rett utvetydig strider mot folkerettslig sedvane, og spørsmålet er hvordan slik motstrid skal løses.

Det er flere steder i oppgaven, på delvis ulikt grunnlag, fastslått at det for sedvaneretten som hovedregel ikke er nødvendig med noen særskilt gjennomføring for at denne skal *gjelde* i norsk rett.¹⁶⁶ Praksis slår også fast at gjennomføring *ikke* er nødvendig i forhold til folkerettens sedvanerett for at den skal kunne gjøres gjeldende av norske domstoler, og det er enighet om utgangspunktet er at nærmere definert folkerettslig sedvanerett gjelder for alle verdens stater.¹⁶⁷

Dermed kan man ikke, som for den øvrige folkeretten som ikke er gjennomført i norsk rett, slå fast at i og med at den ikke *gjelder*, kan den heller ikke sette til side norsk rett, og servere dette som en opplagt løsning på motstridproblemet.

En del av denne automatisk gjeldende sedvaneretten er skilt ut for seg selv og karakteriseres som fundamental, og går under navnet jus cogens.¹⁶⁸

Hva som nærmere bestemt er jus cogens, er fortsatt ikke definert uttømmende, men det er alminnelig enighet om at enkelte menneskerettigheter og visse bestemmelser innenfor humanitær folkerett faller innenfor.¹⁶⁹ Brownlie nevner også forbudet mot folkemord, rasediskriminering og slavehold.¹⁷⁰

Poenget med hva enn som måtte falle inn under kategorien jus cogens er at slike regler *ikke* kan settes til side ved traktater.¹⁷¹ Langt mindre kan de derfor settes til side ensidig av den enkelte stat.

¹⁶⁶ Se for eksempel pkt. 2.4 i forbindelse med suverenitetens begrensninger.

¹⁶⁷ Ruud (2002) s.57

¹⁶⁸ At det opereres med jus cogens som en egen kategori innenfor folkerettslig sedvanerett fremgår av Art. 53 og 64 i Wienkonvensjonen, og er uttrykt i teorien, se for eksempel av Dixon (2005) s.34

¹⁶⁹ Hegge (2002) s.82 og Dixon (2005) s.37

¹⁷⁰ Brownlie (1998) s.515

¹⁷¹ Brownlie (1998) s.515

Hvordan løses motstrid som oppstår hvis en stat allikevel lager en lov, eller inngår en avtale, med et innhold som strider mot slik folkerett?

I Klingesaken, inntatt i Rt. 1946 s.198, anket en tysker tiltalt for torturering av nordmenn under krigen, noen med døden til følge, en dødsdom han fikk mot seg med grunnlag i folkerettslig sedvanerett, som etter at handlingene fant sted også ble gitt uttrykk i en anordning. Hans forsvarer påpekte at lovkravet i Grl. §96 satte et hinder for at folkerettslig sedvane kunne tjene som hjemmel for et slikt inngrep, mens §97, som setter forbud mot lover med tilbakevirkende kraft, måtte føre til at anordningen heller ikke kunne påberopes som hjemmel. Anken ble ikke tatt til følge, da to av dommerne, som fikk støtte av 7 av de av i alt 13 resterende dommere, forfektet standpunktet om at krigens lover og sedvaner ga tilstrekkelig hjemmel for å idømme en slik straff. Disse lovene, som for slike krigsforbrytelser tillot dødsstraff, måtte også gjelde for Norge som krigførende stat, altså måtte regnes som norsk lov i henhold til Grl. §96, mens anordningen ikke ville stride mot §97 ettersom den bare ga uttrykk for en lov som allerede var gjeldende norsk rett.

Imidlertid er det rettet massiv kritikk mot dommen i ettertid, og hevdet at rettssynet til flertallet nok ikke i dag kan opprettholdes, og at det for straffeforfølgning er nødvendig på å ha lovvedtak på plass før handlingen er begått, uansett arten av den aktuelle forbrytelsen.¹⁷² Det er hevdet at avgjørelsen må ses i sin historiske kontekst, og at sannsynligheten er liten for at folkeretten noen gang igjen vil bli bruk på samme måte, altså slik at ikke-gjennomført sedvanerett får gjennomslag på legalitetsprinsippets område.¹⁷³ Straffelovskommisjonen har i en nyere uttalelse uttrykt, uten forbehold av noe slag, at idømmelse av straff uten hjemmel i formell norsk lov ikke vil kunne skje.¹⁷⁴

Nettopp denne kritikken og den antatte rettsstilstanden hva gjelder disse spørsmålene i dag, demonstrerer et avgjørende poeng i vår sammenheng, nemlig at det som *formelt* er bindende, ikke nødvendigvis også kan gis forrang i tilfelle motstrid.

Legalitetsprinsippet gjelder etter sikker rett *generelt* ved inngrep i borgernes rettssfære, og oppstiller en regel om at det for slike situasjoner er nødvendig med hjemmel i

¹⁷² Harlem (2001) s.220-221

¹⁷³ Strandbakken (2004) s.194

¹⁷⁴ NOU 2003:18 (pkt. 6.2.3.4)

formell norsk lov for at inngrepet skal kunne foretas.¹⁷⁵ Dette prinsippet står kanskje sterkest på strafferettens område. Etter for eksempel Grunnlovens §96 kreves ”lov” før noen kan dømmes, og med lov har man forstått formell norsk lov og provisorisk anordning.¹⁷⁶

Legalitetsprinsippet vil altså sette absolutte skranker for folkerettslig sedvaneretts gjennomslag i norsk rett, også for jus cogens, jfr. kritikken mot Klinedommen, men bare for tilfeller der man enten ikke har noen intern lov, og en folkerettsanvendelse vil medføre økte individuelle byrder, eller hvor folkerettsanvendelsen vil medføre konflikt med en lovbestemmelse til individets ugunst.¹⁷⁷

Konklusjonen på spørsmålet om motstrid mellom jus cogens og norsk rett, dersom disse strider mot hverandre, er at den norske regelen må gis forrang uansett hvor bindende jus cogens måtte anses å være, dersom man befinner seg på legalitetsprinsippets virkeområde. Staten gjør seg imidlertid skyldig i folkerettsbrudd, men med en viss *berettigelse*, altså av hensyn til legalitetsprinsippet og den enkeltes rettssikkerhet.

Gjør imidlertid legalitetsprinsippet seg ikke gjeldende, må jus cogens gis forrang. Gis norsk rett i slike tilfeller forrang, vil det tilsvarende representere et hva jeg vil kalle *uberettiget* folkerettsbrudd, altså et folkerettsbrudd som på ingen måte lar seg forsvare.

Når det derimot gjelder folkerettslig sedvanerett som ikke faller inn under jus cogens, ligger det nær å foreta en antitetisk slutning i forhold til momentet om at en stat ikke kan avtale seg unna jus cogens, og anta at alminnelig folkerettslig sedvanerett derfor *kan* tilsidesettes ved traktat, eller, dersom den gjelder staten internt, også ved ensidig viljeserklæring, for eksempel lov.

Og er det gjort, er det klart at denne avvikende nasjonale, bilaterale eller multilaterale avtalen må gis forrang.

Den eneste forskjellen mellom tilfellene der norsk rett gis forrang i forhold til jus cogens, og når den setter til side alminnelig folkerettslig sedvanerett, er at bare sistnevnte tilfelle ikke innebærer noe folkerettsbrudd.

¹⁷⁵ Eckhoff (2001) s.313, se generelt om legalitetsprinsippet første halvdel av pkt. 3.2

¹⁷⁶ Smith (1982) s.148

¹⁷⁷ Smith (1982) s.148, 151 indirekte også Helgesen (1982) s. 98-99 Imidlertid er det verdt å notere seg at i den grad tanken om det relative legalitetsprinsipp som bl.a. Smith og Helgesen forfekter¹⁷⁷ gjør gjeldende har det betydning også i forhold til folkeretten.

5 Følgene av tilsidesettelse av folkerett

Oppstår det motstrid mellom norsk rett og folkerett som ikke er bindende for Norges, bærer tilsidesettelse av folkerett i realiteten ikke med seg noen konsekvenser overhodet.

Tilsidesettes imidlertid en folkerettslig regel Norge, uansett på hvilket grunnlag, er bundet av, gjør Norge seg skyldig i folkerettsbrudd, uansett hvor berettiget dette skulle være etter norsk rett. Det som er riktig internt, behøver ikke være det eksternt, altså i forhold til folkerettssamfunnet eller andre folkerettslige subjekter Norge har forpliktet seg overfor. Staten kan ikke med virkning for en tredjepart påberope seg intern rett som en unnskyldning for å ikke følge opp sine folkerettslige forpliktelser.¹⁷⁸

Virkningen av folkerettsstridigheten kan for eksempel være at loven kan pådra den norske stat *folkerettslig ansvar* overfor den eller de stater som er krenket ved den”.¹⁷⁹ Men folkerettsbruddet behøver ikke ha noen slike følger – det avhenger i sin helhet av hvorvidt Norge har forpliktet seg til å stå til ansvar i tilfelle noe slikt skulle skje. Selve det at en stat ratifiserer en traktat, innebærer ikke at staten sier seg villig til for brudd på den i fremtiden å være underlagt internasjonal domstolskompetanse eller annen tvangsmyndighet enn sin egen. For det er det nødvendig med *særskilt* avtale.¹⁸⁰ Dette er også et utslag av innholdet i dualisme og suverenitet – ikke bare pliktene, men også konsekvensene av eventuelle pliktbrudd, er det i utgangspunktet Norge som råder over, og kan ikke uten videre, altså uten at Norge på et eller annen tidspunkt har sagt seg villig til det, pådyttes Norge av andre stater eller av andre folkerettssubjekter.

Men dette rokker altså ikke ved tilsidesettelsens karakter av folkerettsbrudd. Det rettslig rette kan ikke avhenge av om den rette løsningen effektivt, eller i det hele tatt, kan håndheves, for eksempel ved at folkerettsbruddet prosesseres ved en domstol.

Folkerettens funksjon kan vel derfor generelt sies i første rekke å være av *preventiv* karakter, ved at den oppmuntrer statene til ikke å innføre nasjonale regler som strider imot

¹⁷⁸ Brownlie (1998) s.34

¹⁷⁹ Helgesen (1982) s.33

¹⁸⁰ Fleischer (2005) s.25-26

folkeretten, og likeledes *reparerende*, ved at den ansporer statene til å *oppheve* regler som de allerede har innført, men som strider imot folkeretten.

Men statenes *faktiske* etterlevelse av folkeretten vil til slutt allikevel alltid, også dersom de har forpliktet seg, måtte bero på eksistensen av deres egne gode vilje.

Litteraturliste

Bøker

Eckhoff, Torstein. Redigert av Jan E. Helgesen. *Rettskildelære* 5. utg. Oslo, Universitetsforlaget 2001

Brownlie, Ian *Principles of Public International Law*. 5. utg. Oxford, Oxford University Press 1998

Dixon, Martin *Textbook on International Law*. 5. ed. Oxford, University Press 2005

Falkanger, Thor, Hans Flock og Thorleif Waaler *Tvangsfullbyrdelsesloven Kommentirutgave Bind I*. 4. utg. Oslo, Universitetsforlaget 2008

Fleischer, Carl August *Rettskilder og juridisk metode*. Oslo, Ad Notam Gyldendal 1998

Fleischer, Carl August *Folkerett*. 8. utg. Oslo, Universitetsforlaget 2005

Graver, Hans Petter *Alminnelig forvaltningsrett*. Oslo, Universitetsforlaget AS 1999

Gulmann Claus, Bernhard John og Tyge Lehmann *Folkeret*. København, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 1989

Helgesen, Jan Erik *Teorier om «Folkerettens stilling i norsk rett»*. Oslo, H. Aschehoug & CO. (W. Nygaard) 1982

Hov, Jo *Rettergang I Sivil- og straffeprosess*. Oslo, Papinian 1999

Lødrup, Peter, Kaasen Knut og Steinar Tjomsland *Kommentarer til straffeprosessloven av 1981*. I: Norsk Lovkommentar B:2 2005, s.1420

Lødrup, Peter, Kaasen Knut og Steinar Tjomsland *Kommentarer til straffeloven av 1902*. I: Norsk Lovkommentar B:1 2005, s.35

Lødrup, Peter, Kaasen Knut og Steinar Tjomsland *Kommentarer til tvangsfullbyrdelsesloven av 1992*. I: Norsk Lovkommentar B:2 2005, s.2066

Nijman, Janne og André Nollkaemper *New Perspectives on the Divide Between National and International Law*. Oxford, Oxford University Press 2007

Rognlien, Stein *Luganokonvensjonen Norsk Kommentartutgave Internasjonal domsmyndighet i sivile saker*. Oslo, Juridisk Forlag A.S 1993

Ruud Morten og Geir Ulfstein *Innføring i Folkerett*. 2. utg. Oslo, Universitetsforlaget 2002

Schei, Tore, Bårdsen Arnfinn, Dag Bugge Nordén, Christian Reusch og Toril M. Øie *Twisteloven*. I: *Twisteloven Kommentartutgave B:1* 2007 Universitetsforlaget Oslo 2007

Smith Carsten og Lucy *Norsk Rett og Folkeretten*. 2. utg. Oslo, Universitetsforlaget 1982

Spiermann, Ole *Moderne Folkeret* 2. utg. København, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2004

Artikler

Haider, Imran. *Forholdet mellom internasjonal rett og norsk rett - belyst med utgangspunkt i FNs flyktningekonvensjon* I: Lov og Rett. 2004, s. 499

Harlem, Mads. *Hvorfor vil ikke Norge følge vedtektene til Den internasjonale straffedomstol?* I: Kritisk Juss. 2001 s. 209

Hegge, Vidar. *Norske anti-terrorentak* I: Mennesker og Rettigheter. 2002, s. 79

Krüger, Kai. *Finanger-dommen og den nye rettskildefaktor: frykten* I: Jussens Venner. 2001, s.89

Mitsem, Pål. *Luganokonvensjonen - noen bemerkninger fra et språklig synspunkt* I: Lov og Rett. 1994, s.38

Ravlo-Losvik, Line. *Grunnlovens § 110c, presumsjonsprinsippet og motstridlæren* I: Jussens Venner. 1997, s.197

Skoghøy, Jens Edvin A.. *Forholdet mellom internasjonale menneskerettigheter og norsk rett* I: Kritisk Jus. 1998, s. 111

Strandbakken, Asbjørn. *Grunnloven § 96* I: Jussens Venner. 2004, s.166

Lovgivning

- 1814 Kongeriget Norges Grundlov (grunnloven) av 17. mai 1814
- 1902 Almindelig borgerlig Straffelov (straffeloven) av 22. mai 1902 nr. 10
- 1915 Lov om rettergangsmåten for tvistemål (tvistemålsloven) av 13. august
1915 nr. 6
- 1946 Lov om fiendegods o. a. (fiendegodsloven) av 22. mars 1946 nr. 4
- 1961 Lov om ansvar for skade som motorvogner gjør (bilansvarslova) av 3.
februar 1961
- 1967 Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven) av 10.
februar
- 1981 Lov om vern mot forurensninger og om avfall (forurensningsloven) av
13. mars 1981 nr. 6
- 1981 Lov om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven) av 22.
mai 1981 nr. 25
- 1992 Lov om tvangsfullbyrdelse (tvangsfullbyrdelsesloven) av 26. juni 1992
nr. 86
- 1992 Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det
europæiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven) av 27.
november 1992 nr. 109

1993 Lov om gjennomføring i norsk rett av Luganokonvensjonen om domsmyndighet og fullbyrding av dommer i sivile og kommersielle saker (luganolovent) av 8. januar 1993 nr. 21

1999 Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettslovent) av 21. mai 1999 nr.30

2005 Lov om straff (straffeloven) av 20. mai 2005 nr. 28

2005 Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) av 17. juni 2005 nr. 90

Dommer

Rt. 1933 s. 511

Rt. 1938 s. 584

Rt. 1946 s. 198

Rt. 1957 s. 942

Rt. 1984 s. 1175

Rt. 1992 s. 1578

Rt. 1994 s. 610

Rt. 1997 s. 580

Rt. 2000 s. 1811

Rt. 2004 s. 402

Rt. 2007 s. 234

Rt. 2007 s. 404

Rt. 2007 s. 1759

LH-1999-960

LH-2003-638

LB-2007-119103

Forarbeider

Ot.prp.nr.65 (1990-1991) (tvangsfullbyrdingsloven)	Tvangsfullbyrding og midlertidig sikring
Ot.prp.nr.3 (1998-1999)	Om lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)
Ot.prp.nr.90 (2003-2004)	Om lov om straff (straffeloven)
Ot.prp.nr.51 (2004-2005) (tvisteloven)	Mekling og rettergang i sivile tvister
NOU 1993:18	Lovgivning om menneskerettigheter
NOU 1999:19	Domstolene i samfunnet
NOU 2001:32 A	Rett på sak. Lov om tvisteløsning (tvisteloven)
NOU 2001:32 B	Rett på sak. Lov om tvisteløsning (tvisteloven)
NOU 2003:18	Rikets sikkerhet Straffelovkommisjonens delutredning VIII

Nettdokument

http://en.wikipedia.org/wiki/Jean_Bodin

Traktater

Konvensjon om immunitet for statsskip

International Convention for the Unification of Certain Rules Relating to the Immunity of State-owned Vessels, 10. april 1926

Statuttene for Den internasjonale domstol, 26. juni 1945

EMK

Den europeiske menneskerettighetskonvensjon, Roma 4. november 1950

Wien-konvensjonen

Wien-konvensjonen om traktatretten, Wien 23. mai 1969

FN's havrettskonvensjon

Forente Nasjoners havrettskonvensjon 10. desember 1982

Luganokonvensjonen

Konvensjon om domsmyndighet og fullbyrding av dommer i sivile og kommersielle saker, Lugano 16. september 1988